

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**OS LIMITES DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA “*MARGIN OF  
APPRECIATION*” PELO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS  
NA EFETIVIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS  
HUMANOS**

**JOÃO VICTOR JAMBO STUART**

**Rio de Janeiro  
2019 / 2º SEMESTRE**

**JOÃO VICTOR JAMBO STUART**

**OS LIMITES DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA “*MARGIN OF APPRECIATION*” PELO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS  
NA EFETIVIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS  
HUMANOS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Doutor Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo**.

**Rio de Janeiro**

**2019 / 2º SEMESTRE**

### CIP - Catalogação na Publicação

S9311 Stuart, João Victor Jambo  
Os limites da aplicação da Teoria da "Margin of Appreciation" pelo Tribunal Europeu de direitos humanos na efetividade do direito internacional dos direitos humanos. / João Victor Jambo Stuart. -- Rio de Janeiro, 2019.  
64 f.

Orientador: Paulo Emilio Vauthier Borges de Macedo .  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Direito Internacional dos Direitos Humanos.  
2. Jurisdição Internacional . 3. Tribunais Internacionais . I. Vauthier Borges de Macedo , Paulo Emilio , orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

**JOÃO VICTOR JAMBO STUART**

**OS LIMITES DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA “*MARGIN OF APPRECIATION*” PELO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS  
NA EFETIVIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS  
HUMANOS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Doutor Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo**.

Data da Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo  
Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

## RESUMO

O presente trabalho visa a esclarecer como que a ausência de limites quanto a prática feita pela corte europeia de direitos humanos chamada de “Margin of Appreciation” pode prejudicar a real efetividade da Convenção Europeia de Direitos Humanos e quais são os riscos emanados por esse cenário. O trabalho irá perpassar os diferentes argumentos e pontos de vista trazidos por estudiosos no que tange as críticas e riscos provocados pela intensa aplicação dessa teoria no sistema de proteção de direitos humanos de origem europeia, além do exame quanto aos casos já decididos pela Corte Europeia que foram influenciados pela teoria. Assim, os argumentos apresentados serão examinados e discutidos para esclarecer que as justificativas apresentadas para a utilização da doutrina em questão não são suficientes, e até mesmo arriscadas, para que essa teoria contribua verdadeiramente para uma real proteção dos direitos humanos na região do continente europeu.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Sistemas regionais de proteção; Corte europeia de direitos humanos; Margem de apreciação; Efetividade das normas.

## **ABSTRACT**

This present study aims to analyze how the absence of limits about the application of the “Margin of Appreciation” doctrine by the European Court of Human Rights might create risks to the effectiveness of the European Court of Human rights and how could them jeopardize the plans to concrete the norms of this convention in the continent. The text will pass through several arguments and visions brought by authorities on this matter about the critics and risks provoked by the repeated application of this theory on the European system of human rights protection, as well as the examination of the jurisprudence which were influenced by this theory. Therefore, the arguments and discussions will be useful to demonstrate that the reasons employed by the judges to apply this doctrine are not sufficient, and even dangerous, to the maintenance of the real protection of human rights in the European continent.

**Keywords:** Humam Rights; Local protection systems; European Court of Humam rights; Margin of appreciation.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1. O SIGNIFICADO DA “<i>MARGIN OF APPRECIATION</i>” NA JURISPRUDENCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS..</b>	<b>10</b>
<b>2. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE QUANTO A MARGEM DE APRECIACÃO.....</b>	<b>15</b>
2.1 – O caso Handyside V. Reino Unido.....	15
2.2 – O caso Alekseyev V. Russia.....	17
2.3 – O caso S.A.V V. França .....	20
2.4 – O Caso Zubczewski V. Suécia .....	25
<b>3. A RELAÇÃO ENTRE A MORAL NO CAMPO INTERNACIONAL E A MARGEM DE APRECIACÃO. ....</b>	<b>28</b>
3.1- A existência de uma moral interna e de uma moral internacional. ....	28
3.2 – A dualidade entre a moral interna e a moral internacional: Os traços maximalista e minimalista. ....	30
3.3- A contribuição da moral individual para o fortalecimento da doutrina da margem de apreciação. ....	33
3.4- O risco da aplicação da margem de apreciação na continuidade do do direito internacional dos direitos humanos. ....	36
<b>4. RISCOS E CONTROVÉRSIAS PROVOCADOS PELA APLICAÇÃO DA TEORIA DA MARGEM DE APRECIACÃO.....</b>	<b>42</b>
4.1- A incompatibilidade entre a teoria da margem de apreciação e a universalidade dos direitos humanos.....	42
4.2 – O efeito utilitarista provocado pela doutrina da margem de apreciação. ....	51
4.3 – O distanciamento entre os princípios da Convenção Europeia e a aplicação da margem de apreciação. ....	54
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>60</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>63</b>

## INTRODUÇÃO

O presente capítulo tem por objetivo apresentar e discutir a doutrina da “*Margin of appreciation*” no que tange a promoção e preservação de direitos humanos a partir do questionamento de quais são os limites para a aplicação da teoria em questão. Ao longo do texto serão analisados os argumentos de estudiosos da teoria em conjunto com a jurisprudência da instituição responsável pela defesa de direitos humanos presentes na Convenção Europeia de Direitos Humanos, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. A intenção é que ao final possa ser possível responder pela existência ou não de barreiras necessárias à utilização da teoria em questão. A justificativa para tal tema se concentra na tentativa de esclarecer o quão importante é observar a quantidade de poder que é depositado nos Estados a fim de evitar que ocorra uma completa manipulação das normas da Convenção Europeia com o objetivo desviar a utilização e obrigatoriedade da mesma.

A necessidade de implementar mecanismos de proteção mais eficazes no que tange aos direitos humanos vem sendo uma preocupação da comunidade internacional desde o fim da Segunda Guerra Mundial. A criação do sistema de proteção da Organização das Nações Unidas, apesar de configurar uma importância singular na salvaguarda dessa espécie de direitos, atualmente não consegue suprir todas as ameaças que surgem a todo momento em razão de uma ausência de capacidade sancionatória da organização internacional junto aos Estados. Sendo assim, a noção de obrigatoriedade inerente a afirmação dos direitos humanos acaba por ser enfraquecida, dando lugar ao arbítrio dos Estados em tratar dessas questões<sup>1</sup>.

Diante disso, percebe-se que o principal desafio para se alcançar uma verdadeira proteção dos direitos humanos em âmbito internacional é justamente cultivar essa visão de imperatividade desses direitos frente aos Estados, tal como aponta Flávia Piovesan<sup>2</sup>:

A consolidação do Estado de Direito nos planos internacional, regional e local demanda o fortalecimento da justiça internacional. Isto porque no Estado democrático de direito é o poder Judiciário, na qualidade de poder desarmado, que tem a última e decisiva palavra, sendo essa a afirmação do primado do direito.

---

<sup>1</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 86.

<sup>2</sup> Ibidem, p. 63.



Pelas palavras da autora, pode-se perceber que o sistema ONU carece dessa indispensável judicialização, pois não se encontra um poder judiciário capaz de impor sua jurisdição sobre os Estados nacionais em defesa dos interesses dos próprios nacionais. Por conta disso, elaboram-se sistemas de proteção de direitos humanos de alcance regional, capazes de convencer os Estados a formalizarem uma cooperação e a aceitarem de maneira mais espontânea a ingerência da jurisdição do tribunal que compõe esse sistema dentro do seu direito interno em razão de fatores históricos, culturais e geográficos que permitem uma maior vinculação desses membros e ao mesmo tempo uma maior fiscalização entre eles<sup>3</sup>. O sistema europeu de proteção dos direitos humanos, introduzido pela Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 é um dos resultados desse movimento, tendo como peculiaridade o fenômeno da “*Margin of Appreciation*”, cujos efeitos serão abordados no decorrer do capítulo.

---

<sup>3</sup> Ibid., p. 86.

## 1. O SIGNIFICADO DA “*MARGIN OF APPRECIATION*” NA JURISPRUDENCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS.

Como bem explica Eyal Benvenisti, o Tribunal Europeu ao analisar uma demanda trazida pelos Estados à sua jurisdição pode conceder ao Estado parte a capacidade de participar do julgamento da demanda trazida por diplomas jurídicos internos e pela própria Convenção Europeia de Direitos Humanos.<sup>4</sup> Sendo assim, o autor demonstra que a teoria possui origem na preocupação dos Estados em acabarem totalmente submissos à jurisdição e à autoridade do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o que os motivou a exigir uma parcela de poder no processo de julgamento de determinadas ações que chegam ao órgão.<sup>5</sup> Por conta disso, é possível concluir que a Corte Europeia estaria transferindo uma parcela de autonomia aos Estados para que eles aplicassem o que está contido na Convenção Europeia de Direitos Humanos.<sup>6</sup>

O resultado disso é que a Corte Europeia passa a adotar o que é concluído pelos tribunais, tendo como tarefa a de analisar se o conteúdo da decisão encontra-se dentro dos limites considerados pela Corte. No entanto, isso não significa que ela abandone totalmente essa atribuição. Seu papel passa a ser o de estudar até que ponto que o emprego de uma margem de apreciação pelos Estados foi saudável ou não para a manutenção dos direitos contidos na Convenção Europeia. Portanto, quem realmente delimita barreiras e impõe restrições ao exercício dos Estados de julgar é a própria Corte.<sup>7</sup>

A aferição por parte do Tribunal Europeu de Direitos Humanos é feita a partir da observação do quanto que os princípios contidos na Convenção foram respeitados. Mesmo quando os Estados membros possuem uma ampla margem de decisão, o que naturalmente lhes proporcionaria mais alternativas sobre como agir, o Tribunal posteriormente pode identificar falhas nesse processo. Isso ocorre nas ocasiões em que os Estados não levam em conta, por exemplo, a importância do princípio da

---

<sup>4</sup> BENVENISTI, Eyal. *Margin of appreciation, consensus and universal standards*. **New York University Journal of International Law and Politics**, Nova Iorque, 1999, p. 845.

<sup>5</sup> Ibid., p. 845

<sup>6</sup> SPIELMANN, Dean. **Allowing the Right Margin: the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?**

<sup>7</sup> Ibid.

proporcionalidade ao decidir. Com isso, acaba por se configurar a violação.<sup>8</sup> Sendo assim, é possível afirmar que essa revisão que é feita por parte da Corte Europeia tem por objetivo identificar se ocorreu ou não um balanceamento correto entre os anseios da coletividade e os direitos individuais.

Os principais aspectos observados nessa avaliação são, em primeiro lugar, saber se a medida que foi implementada pelo respectivo Estado foi necessária ou não, isto é, é preciso descobrir se existiam outras maneiras do Estado solucionar aquela questão sem necessitar abrir mão de direitos ou garantias individuais, e também descobrir se o que foi implementado atende aos requisitos de proporcionalidade, ou seja, se a política utilizada pelo Estado não compromete gravemente direitos individuais para alcançar seus objetivos<sup>9</sup>. Um trecho de um dos casos mais ilustrativos de aplicação da teoria da margem de apreciação, *Handyside contra Reino Unido*, consegue mostrar claramente a função da corte após o julgamento por parte dos Estados.<sup>10</sup>

De qualquer forma, o artigo 10 para. 2 não concede aos Estados membros uma margem de apreciação ilimitada. A corte, a qual, [...] é responsável por fiscalizar o compromisso dos Estados (Artigo 19), é dado o poder de decidir se uma “penalidade” ou “restrição” está em conformidade com a liberdade de expressão trazida pelo artigo 10. A margem de apreciação aplicada pelos Estados, portanto, é acompanhada por uma supervisão da Corte. Isso inclui tanto o fim pretendido pela medida tomada quanto a “necessidade” por trás daquela decisão; Essa avaliação inclui não só a legislação básica, mas também a decisão que dela surge, mesmo que dada por uma corte independente. [...] <sup>11</sup>

Diante do trecho, fica claro que, embora a corte de fato realize uma derrogação de poderes para os Estados, isso é feito de maneira que a mesma possa acompanhar de maneira crítica os fundamentos da decisão proferida. Não ocorre uma substituição de funções entre tribunais nacionais e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, mas sim uma repartição delas. Enquanto as cortes internas carregam a competência de analisar e decidir as demandas, A Corte de Estrasburgo visa verificar se o que foi decidido, as medidas aplicadas pelos Estados estão em concordância com o conteúdo da Convenção Europeia de Direitos Humanos.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> McGOLDRICK, Dominic. A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the human rights committee. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 65, p. 21-60, jan. de 201, p. 21-60.

<sup>9</sup> *Ibide.* 21-60.

<sup>10</sup> TEDH. **Case of Handyside V. United Kingdom (Richard Handyside e Reino Unido)**. Application nº 5493/72. Sentença em 07 de dezembro de 2014. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-7499%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-7499%22]})>. Acesso em: 19 out. de 2019.

<sup>11</sup> McGOLDRICK, Dominic. *Op. cit.*, p. 21-60.

<sup>12</sup> *Ibide.*, p. 21-60.

O fato de os Estados poderem usufruir dessa maior liberdade no momento do julgamento não significa que eles possam classificar a margem de apreciação como um direito deles.<sup>13</sup> Todo esse processo deve partir de uma autorização por parte da Corte de Estrasburgo, logo os Estados não podem exigir essa parcela de autonomia.<sup>14</sup> Portanto, o mais correto seria classificar a doutrina como uma forma de auto- restrição por parte da Corte de Estrasburgo. Com isso, é possível perceber uma outra discussão que perpassa o tema da teoria da margem de apreciação no contexto da comunidade europeia, o princípio da subsidiariedade.

A ideia de subsidiariedade possui relação com a convenção europeia de direitos humanos pelo fato de que o fundamento por trás desse documento seria o de garantir a prevalência e efetividade das normas protetivas de direitos humanos dentro do território da comunidade europeia, sem que a Corte de Estrasburgo, um tribunal internacional, tomasse por completo as funções das autoridades judiciárias nacionais. Portanto, a subsidiariedade nesse contexto carrega um sentido de cooperação, de complementariedade entre as formas de proteção nacionais e internacionais.<sup>15</sup> Consequentemente, a Corte europeia só poderia agir a partir do momento em que as cortes nacionais já esgotaram todos os seus instrumentos de resolução daquela questão, pois, de acordo com a lógica do princípio da subsidiariedade, os juízes nacionais estariam mais aptos a tratar de questões concernentes àquelas sociedades as quais eles estão inseridos, o que portanto torna o papel do Tribunal Europeu de Direitos Humanos algo subsidiário<sup>16</sup>.

Ainda que a Convenção Europeia de Direitos Humanos não deixe expressa a existência do princípio em questão no contexto da teoria da margem de apreciação, alguns artigos desse diploma mostram claramente que ele é uma das bases para sua aplicação.<sup>17</sup> O artigo 53, por exemplo, cujo texto remete a um impedimento de limitação dos direitos e garantias de direitos humanos através de uma interpretação restritiva dos diplomas jurídicos adotados pelos Estados membros<sup>18</sup>, reflete o sentido de que aos juízes nacionais não pode ser retirado o poder de aplicar suas normas internas mais

---

<sup>13</sup> Ibid., p. 22.

<sup>14</sup> SPIELMANN, Dean. Op. cit.

<sup>15</sup> FÜGLISTALER, Gabriel. The principle of subsidiarity and the margin of appreciation Doctrine in The European Court of Human Rights' Post 2011 jurisprudence. **Cahier de l'IDHEAP**, Chavannes-près-Renens, n. 295 de 2016.

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> Ibid., p. 10.

<sup>18</sup> CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em 19 set. 2019.

favoráveis quando elas em benefício dos padrões estabelecidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos.<sup>19</sup>

Além disso, o artigo 13 da mesma convenção trata da possibilidade da parte requerente impetrar um recurso contra a decisão do juiz nacional<sup>20</sup>. A relação desse dispositivo com o princípio da subsidiariedade é que ao deferir às cortes nacionais o poder de decidir sobre as questões de cunho humanitário, a Corte Europeia também lhes proporciona a liberdade para escolher quais as alternativas para tornar efetivo o resultado daquele recurso nos casos em que é averiguada a violação a uma norma da convenção.<sup>21</sup> Assim, fica claro que as Cortes nacionais desempenham uma ampla gama de atribuições antes de uma possível participação da Corte internacional.

O último exemplo é do artigo 35 da mesma convenção, o qual esclarece mais uma vez que é imprescindível o esgotamento das ferramentas legais internas para que seja possível alcançar a jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.<sup>22</sup> Isso demonstra mais uma vez que existe uma ordem de participação entre tribunais internos e o tribunal internacional, tendo as cortes nacionais preferência para julgar as demandas que surgem dentro de seus respectivos territórios.<sup>23</sup>

Segundo Gabriel Füglistaler, existem dois tipos de subsidiariedade. A primeira é chamada de procedimental, a qual diz respeito às responsabilidades de salvaguardar as garantias da convenção entre os tribunais nacionais e a Corte Europeia de Direitos Humanos, contida nos artigos 13 e 35 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. A segunda é denominada pelo autor como substancial, a qual é encarregada de regular as competências de análise e revisão por parte da Corte de Estrasburgo.<sup>24</sup> No que tange ao princípio da subsidiariedade na sua forma procedimental, o autor chama a atenção para o que está contido no artigo 35, parágrafo 3º, explicando que a utilização do princípio com relação ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos acaba por ser limitada às garantias da própria convenção de que os direitos lá presentes serão respeitados.<sup>25</sup>

Isso significa que ao tribunal não é reservada a função de uma instância seguinte àquela das cortes internas, o que mostra que esse órgão não é encarregado de rejeitar decisões proferidas pelas autoridades judiciárias dos países membros ou julgar

---

<sup>19</sup> FÜGLISTALER, Gabriel. Op. cit., p. 10.

<sup>20</sup> CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Op. cit.

<sup>21</sup> FÜGLISTALER, Gabriel. Op. cit, p. 11.

<sup>22</sup> CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Op. cit.

<sup>23</sup> FÜGLISTALER, Gabriel. Op. cit, p. 11

<sup>24</sup> Ibid. p. 12.

<sup>25</sup> Ibid., p. 12

novamente as demandas que chegam até elas. Esse raciocínio é, segundo o autor, denominado de *fourth instance theory*, cuja utilidade está em esclarecer que a Corte internacional não é reservado o papel de reapreciar questões de direito interno. A exceção dessa regra se dá nas ocasiões em que a conclusão judicial é claramente arbitrária, incoerente ou contrária aos princípios trazidos pela convenção.<sup>26</sup> Um dos efeitos dessa teoria recairá diretamente sobre a outra espécie de subsidiariedade, isto é, a de cunho substancial, uma vez que ela é quem trata das regras de competência.

Assim, para decidir se no caso em questão o requerente na verdade só deseja um novo olhar sobre a decisão proferida pelo juiz nacional, sem que a mesma seja abusiva ou sem sentido em relação ao conteúdo da convenção, ou se de fato é necessária a revisão por parte da Corte porque se está diante de uma arbitrariedade, é preciso observar cada caso de maneira individual, dispensando generalidades.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Ibid., p. 12

<sup>27</sup> Ibid., p. 13.

## 2. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE QUANTO A MARGEM DE APRECIÇÃO.

### 2.1 O caso *Handyside V. Reino Unido*

A partir de agora serão apresentados alguns casos já decididos pela Corte Europeia de Direitos Humanos e através desse conjunto de casos será possível ilustrar a utilização da teoria da margem de apreciação. Um dos casos mais emblemáticos da prática em questão é o denominado *Handyside contra Reino Unido*.<sup>28</sup> . Richard Handyside era o proprietário da editora “*Stage 1*” e acabou por adquirir os direitos do obra “*The Little red schoolbook*” no Reino Unido. O livro continha um capítulo sobre sexo e Handyside posteriormente publicou uma versão revisada do livro em jornais locais e nacionais, gerando comentários e críticas sobre seu conteúdo.<sup>29</sup>

Após inúmeras reclamações foi requerido pelas autoridades competentes que a polícia investigasse se o livro contrariava as regras da legislação que tratava de atos obscenos. Consequentemente, milhares de cópias foram retiradas de circulação, surgiram várias ações contra Handyside sob a justificativa dele estar lucrando por meio de conteúdo pornográfico, sendo ele condenado a pagar indenizações. O réu recorreu das condenações, mas não obteve o aval dos tribunais.<sup>30</sup> O conteúdo da obra era voltado para adolescentes, o que fez com que o livro tivesse capítulos que faziam referência a conteúdos sexuais e assuntos que diziam respeito a questões comuns da adolescência, tais como homossexualidade, aborto, métodos contraceptivos e masturbação<sup>31</sup>.

O caso foi levado a corte europeia de direitos humanos sob a alegação de desrespeito ao direito de liberdade de expressão do editor, tendo se transformado em um dos mais importantes precedentes no que tange a discussão sobre liberdade de expressão ao afirmar que o princípio da liberdade de expressão não pode ser aplicado somente aos casos em que as ideias questionadas parecem ser inofensivas, mas também àquelas em que os ideais se chocam fortemente com o Estado ou com algum setor da população<sup>32</sup> . A decisão, ainda que tenha construído esse precedente, se deu no sentido de mostrar que

---

<sup>28</sup> TEDH. **Case of Handyside V. United Kingdom (Richard Handyside e Reino Unido)**. Application nº 5493/72. Sentença em 07 de dezembro de 2014.

<sup>29</sup> GLOBAL FREEDOM OF EXPRESSION. **Handyside V. United Kindgom**. Disponível em <<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/handyside-v-uk/>>. Acesso em 20 de out. de 2019.

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Ibid.

a restrição ao seu direito de liberdade de expressão constituiu uma interferência “prescrita por lei”<sup>33</sup>, uma vez que possui o objetivo de proteger a moral naquela sociedade.

A seguir serão examinados os aspectos mais importantes dessa decisão e sua relação com a margem de apreciação.

A maior dificuldade dos juízes foi compreender se essa intervenção era “necessária em uma sociedade democrática”<sup>34</sup>. Foi acrescentado o fato de que não havia um consenso entre os países europeus sobre qual era o conceito de moral a ser aplicado quando se tratava de adolescentes, logo caberia aos Estados, aos juízes nacionais, estudar e criar um escopo de entendimento sobre qual era a carga valorativa presente naquela situação a partir de uma interpretação autônoma<sup>35</sup>.

Tal caso esclarece que, ainda que haja essa parcela de atuação dos Estados, a proteção por parte da corte não desaparece. Ela continua fiscalizando essa discricionariedade a fim de observar se estão sendo observados os ditames da convenção europeia de direitos humanos, uma vez que a margem de apreciação não exclui a sua presença, mas condiciona ela aos termos da convenção europeia, tal como nos moldes de seu artigo 35<sup>36</sup>. Se sua jurisdição foi acionada, significa que os Estados já esgotaram suas ferramentas internas de solução daquele impasse, restando a corte como uma instância superior que se torna responsável pela ação, logo o poder de decidir é dela, podendo os Estados se incluírem consoante o seu controle.<sup>37</sup>

No que tange a outro momento da decisão, um ponto interessante que foi destacado foi o fato de que a liberdade de expressão deve ser aplicada em todas as ocasiões, tanto quando há um leve incômodo pelas ideias expressadas como quando essas opiniões contrariam totalmente o que é visto como regra pela sociedade, porque é justamente esse pluralismo de pensamentos que caracteriza uma sociedade democrática. Portanto, qualquer restrição, condição ou punição imposta a essa diversidade deve ser proporcional em relação ao fim que ela busca alcançar.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> TEDH. **Case of Handyside V. United Kingdom (Richard Handyside e Reino Unido)**. Application n<sup>o</sup> 5493/72. Sentença em 07 de dezembro de 2014.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> PÉREZ, Agustina. Una mirada desde américa latina sobre el margen de apreciación estatal en el tribunal europeo de derechos humanos: ¿génesis de una permanente tensión entre democracia y derechos? **Revista Jurídica da Universidad de Palermo**, Buenos Aires, ano 15, n. 1, mai. de 2017, p. 78.

<sup>36</sup> CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Op. cit.

<sup>37</sup> PÉREZ, Agustina. Op. cit., p. 78.

<sup>38</sup> GLOBAL FREEDOM OF EXPRESSION. **Handyside V. United Kindgom**. Disponível em <<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/handyside-v-uk/>>. Acesso em 20 de out. de 2019.



Por último a corte esclareceu que o livro era voltado para adolescentes entre 12 e 18 anos, logo possuía um público específico, e trazia um conteúdo que poderia ser compreendido facilmente por cada leitor nessa faixa etária. Além disso, o baixo valor do livro e propaganda que foi feita pela editora no sentido de vender a obra como se fosse um material didático, que poderia ser utilizado em escolas fez com que ela fosse amplamente adquirida. O problema apontado pelos juízes foi que, embora as páginas trouxessem informações úteis, também traziam passagens que poderiam ser interpretadas por indivíduos que estavam em um período complicado e conturbado do desenvolvimento humano como encorajadoras a comportamentos errados, prejudiciais aos adolescentes e até mesmo condutas criminosas, como consumo de drogas e sexo com menores de idade<sup>39</sup>.

A razão para a corte não ter encarado como arbitrária a conduta das autoridades britânicas em destruir as cópias e proibir a circulação livro *“The Little red schoolbook”*, e sim como necessária, portanto proporcional aos afins aos quais se destinava, foi que não houveram interferências na versão resumida do livro, aquela feita pelo requerente, mas sim somente nessa versão original, a qual de fato continha as passagens condenadas como nocivas ao público adolescente.<sup>40</sup> Por conta disso, não ocorreu uma violação ao direito de liberdade de expressão do editor, mas sim uma intervenção necessária pelos Estados, uma vez que somente o que ameaçava os leitores foi censurado, o que segundo os juízes mostra uma medida necessária e proporcional.

## 2.2 – O caso Alekseyev V. Russia

Outro caso emblemático foi o denominado *Alekseyev V. Russia*, no qual foi discutida a violação dos artigos 11, 13 e 14 da convenção europeia por parte das autoridades russas contra a comunidade de gays e lésbicas. O caso concentrou-se no fato de que os agentes públicos se utilizaram da máquina pública para evitar e obstruir o acontecimento de passeatas em favor do movimento homossexual. O requerente, que dá nome ao julgado, realizou três reclamações no poder judiciário russo, as quais foram motivadas pela resistência expressa dos representantes do estado em conceder a permissão para que os eventos fossem autorizados. A resposta do poder público russo

---

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> Ibid.

foi no sentido de que o acontecimento desejado pelo requerente provocaria uma agressão a moral e as liberdades dos outros cidadãos.<sup>41</sup>

O tribunal europeu ao analisar a demanda trazida pelo requerente chegou à conclusão de que de fato os direitos do mesmo contidos no artigo 11 da convenção europeia foram violados pelas autoridades. Ao ser exigida a manifestação do Estado russo sobre o ocorrido, foram dadas como justificativas, em primeiro lugar, que a rejeição ao pedido do autor teria fundamento na proteção tanto ao bem estar e a segurança do resto da população quanto na preservação da moral e das liberdades de outros grupos da sociedade. Portanto, o Estado russo estaria se utilizando de sua margem de apreciação para determinar ou não a realização de um evento dessa espécie.<sup>42</sup>

No entanto, na sentença percebe-se que a corte negou provimento as alegações do poder público russo, primeiramente, em razão dessa recusa ao requerimento do autor não ter sido fundamentada em dispositivos legais. Não havia uma lei que autorizasse o Estado a inibir esse tipo de acontecimento, o que acarreta uma outra consequência que também foi observada pelos juízes, qual seja a completa carência de legitimidade da decisão estatal.

O posicionamento contrário a realização da passeata cujo conteúdo remeteria ao homossexualismo seria visto pelos grupos religiosos dominantes em território russo como provocação e motivo suficiente para a culminação de um conflito entre aqueles que participariam da passeata e os contrários a ela<sup>43</sup>. Diante dessa justificativa, a corte percebeu que o Estado réu apenas considerou o ponto de vista daqueles que se opunham àquela pratica, ignorando o direito de liberdade de expressão do autor. Com isso, o resultado foi no sentido de que além de ilegal e, portanto, ilegítima, a recusa seria também desproporcional, visto que não seria suficientemente democrática, pois foi fundamentada única e exclusivamente em um olhar discriminatório por parte dos agentes públicos.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> JOHNSON, Paul. **Homosexuality, Freedom of Assembly and the Margin of Appreciation doctrine of the European Court of Human Rights**. Human rights law Review, volume, Issue 3, 1 September 2011, p. 578-593.

<sup>42</sup> Ibid., p. 03.

<sup>43</sup> TEDH. **Case of Alekseyev V. Russia (Nikolay Aleksandrovich Alekseyev e Rússia)**. Application nº 4916/07. Sentença de 21 de outubro de 2010. Disponível em: < <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101257>>. Acesso em: 19 out. de 2019, p. 04.

<sup>44</sup> Ibid., p. 04.

O julgamento seguiu no sentido de observar detalhadamente as justificativas oferecidas pela Rússia para a negativa do requerimento do autor. A corte rejeitou a resposta da ré no que tange a impossibilidade de se realizar o evento desejado em razão da segurança pública pelos motivos de que as autoridades não promoveram uma avaliação adequada dos riscos que estariam relacionado a ele. Por conta disso, não foi possível mensurar a capacidade ou não da aparelhagem pública e oferecer meios e recursos suficientes para assegurar a integridade de todos.<sup>45</sup> Nesse sentido, afirmou a corte:

A mera existência do risco não é suficiente para excluir a possibilidade do evento: Ao longo de sua avaliação, as autoridades devem produzir estimativas concretas acerca do dano a fim de avaliar os recursos necessários para neutralizar as ameaças de acontecimentos violentos (Alekseyev V. Russia, Outubro, 2010) <sup>46</sup>.

O objetivo das palavras do magistrado(a) em questão foi esclarecer que somente o fato de existir um risco não é o bastante para que sejam vedadas quaisquer medidas administrativas por parte do ente estatal. A ameaça deve ser estudada para que seja possível enxergar qual o alcance de um possível dano a fim de que sejam estabelecidas estratégias de anulação do mesmo, o que não se deu no caso em tela, visto que não foram adotados parâmetros acerca de como que o Estado russo avalia a possibilidade ou não da existência desse tipo de acontecimento.

O julgado destaca também a observação da corte em relação a omissão russa quanto ao dever de proteção do cidadão. É vedada a recusa do ente público em oferecer formas de preservar a integridade física, sacrificando o direito de liberdade de expressão e manifestação.<sup>47</sup> Com isso, foi reiterado o entendimento de que a inércia do Estado em oferecer respostas que vislumbrem a proteção e resistência contra o alargamento do ódio contra a comunidade homossexual é algo só contribui negativamente para o agravamento desse cenário.<sup>48</sup> É preciso reafirmar o entendimento apresentado pela corte de que, embora o Estado tivesse um espaço no qual pudesse determinar livremente o que fazer, essa margem de apreciação foi totalmente viciada por uma objeção moral. Apontar a segurança coletiva como justificativa para a recusa da passeata foi uma tentativa de as autoridades mascararem a sua própria insatisfação e má vontade para

---

<sup>45</sup> Ibid., p. 06.

<sup>46</sup> “[T]he mere existence of a risk is insufficient for banning the event: in making their assessment the authorities must produce concrete estimates of the potential scale of disturbance in order to evaluate the resources necessary for neutralising the threat of violent clashes” (Alekseyev V. Russia, Outubro, 2010).

<sup>47</sup> Ibid, p. 07.

<sup>48</sup> Ibid.,p. 09.

com o evento, aplicando os poderes e ferramentas estatais para tentar legitimar uma decisão eivada de discriminação<sup>49</sup>.

### 2.3 – O caso S.A.V V. França

Cabe mencionar um dos casos que levou inúmeros debates em relação ao fenômeno da *Margin of Appreciation*, o caso *S.A.S V. France*. O julgado foi motivado pela decisão do governo francês de proibir o uso de véus que cobrissem o rosto das pessoas em espaços públicos, tais como praças, ruas, parques, etc, através da lei n. 2010-1192, promulgada em 2010, e tendo entrado em vigor em 2011, o que acabou por atingir as usuárias de um determinado tipo de vestimenta feminina comum na religião muçulmana, a chamada burca. Inconformada com o posicionamento do legislador francês, uma cidadã decidiu levar sua reclamação até o poder judiciário nacional e posteriormente, por meio de recurso da decisão interna, ao tribunal europeu de direitos humanos<sup>50</sup>. As principais reivindicações da requerente circulavam em torno do fato de que abolir essa espécie de vestuário configuraria uma violação direta a vida privada, ao direito de liberdade religiosa, ao direito de liberdade de expressão e ao direito de igualdade daquela mulher frente aos outros cidadãos por conta da discriminação.<sup>51</sup>

Os defensores do governo francês partiram da argumentação de que não teria sido excedida a margem de apreciação do poder público no que tange a preservação da segurança pública, portanto, todas as medidas que estavam sendo tomadas eram perfeitamente proporcionais e legítimas para com os fins para as quais existiam.<sup>52</sup> O Estado francês apresentou basicamente três explicações para a justificar a proibição.

Em primeiro lugar, o fato de o pano cobrir o rosto do indivíduo impede que ele seja identificado por outras pessoas, o que seria, de acordo com a interpretação do legislador, um risco para a segurança coletiva e uma chance para encorajar fraudes, pois é necessário que todos possam ser identificados quando requerido. O motivo por trás dessa visão é de que esconder o rosto impediria esse indivíduo de interagir com seus

---

<sup>49</sup> Ibid., p. 10.

<sup>50</sup> MARTINELLI, Alessandra. **Liberdade religiosa: o julgamento do caso S.A.S x França pela Corte Europeia de Direitos Humanos**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

<sup>51</sup> CHAIB, Salla. **S.A.S v. France: a short summary of an interesting hearing**. Strasbourg Observers, 2013. Disponível em <<https://strasbourgobservers.com/2013/11/29/s-a-s-v-france-a-short-summary-of-an-interesting-hearing/>>. Acesso em: 19 out. de 2019.

<sup>52</sup> Ibid.

semelhantes, prejudicando uma suposta coesão dentro da sociedade. Em suma, essa exigência de se mostrar identificável para todos faria parte de um conjunto de requisitos mínimos para estar em sociedade.

Com isso, a partir do momento que cidadãos começam a se relacionar, seria mais fácil alcançar uma maior tolerância religiosa nos espaços públicos, além do que poderia ser possível implantar os princípios relacionados a secularização, deixando clara a separação entre religião e Estado. Além disso, foi apontado que a decisão tomada seria interessante ao passo que buscaria uma igualdade entre homens e mulheres na defesa de direitos humanos.<sup>53</sup>

No que tange ao ponto levantado pela requerente sobre a interferência na vida privada, segundo os defensores, não haveria qualquer repercussão da lei na vida privada dos cidadãos, visto que ela limite seu escopo de atuação a esfera pública. Sobre a questão da discriminação de gênero contra mulheres, a lei não pretenderia impulsioná-la, e sim restringi-la, e nem mesmo a discriminação específica contra muçulmanos deveria ser considerada, porque nem mesmo entre eles o uso da burca é reiterado como prática obrigatória.<sup>54</sup>

A resposta da requerente em face das justificativas do Estado Francês foram no sentido de que a corte não deveria permitir que o Estado se utilizasse de uma larga margem de apreciação porque a chance de surgirem decisões carentes de qualquer legitimidade, isto é, que não traduzam por completo um sentido democrático, de concordância dos destinatários para com a norma, é muito maior. A intenção da requerente foi esclarecer que ao deixar que os Estados apliquem sua margem de apreciação de maneira extensa, a probabilidade de grupos majoritários transferirem suas visões discriminatórias para as ações públicas aumenta consideravelmente. Com isso, justificativas baseadas única e exclusivamente em preconceitos e julgamentos morais e etnocêntricos acabaram por superar a força dos direitos individuais de grupos minoritários, tal como o direito de liberdade de expressão e o direito de exercer livremente uma religião.<sup>55</sup>

Os representantes da autora acrescentaram que pelo fato da lei discutir um aspecto extremamente particular de cada indivíduo, o modo como se veste, e também por existirem mulheres que usam o véu sob o rosto, as quais não tiveram a devida

---

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Ibid.

participação democrática no que tange a discussão e explicação dessa medida, já seria suficiente para que a corte condenasse uma ampla margem de apreciação. Além disso, foi observado que apesar da lei não se direcionar exclusivamente as mulheres muçulmanas, o que supostamente livraria o dispositivo de qualquer crítica quanto a discriminar seus destinatários, o impacto que o mesmo provoca nessas pessoas é sim maior do que em outras, o que por si só já alerta para a discussão sobre a desproporcionalidade inserida nessa norma.<sup>56</sup>

Por último, apontou-se como razão para a violação do artigo 14 da convenção europeia o preconceito em relação ao gênero, a etnia e a religião das mulheres muçulmanas. Segundo os advogados da requerente, o efeito proibitivo da norma é nocivo pois ultrapassa as barreiras da proporcionalidade, uma vez que tem como alvo principal um grupo minoritário específico na sociedade, o qual não oferece nenhuma ameaça comprovada contra a segurança pública, contra a liberdade e contra outros valores. Dessa forma, a única função seria intimidar esse público, atendendo preferências de grupos majoritários.<sup>57</sup> Mesmo diante dos argumentos da requerente, a corte acabou por dar razão ao Estado francês na demanda em questão.

A partir de agora serão apresentados os argumentos da corte. Os respectivos magistrados fundamentaram sua decisão principalmente com base em um princípio, o princípio da proporcionalidade, alertando para o ponto de que no julgamento seria preciso haver um equilíbrio entre a reivindicação da parte recorrente e as intervenções estabelecidas pelo poder público.<sup>58</sup> Em sua obra, a autora Nicole Facchini separou o estudo da corte no caso em tela em relação ao princípio da proporcionalidade em três esferas, quais sejam a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.<sup>59</sup> Ao discutir o subprincípio da adequação, a autora afirma que essa ideia estaria centrada no meios utilizados para atingir determinados fins, sendo necessário descobrir se eles de fato são os melhores recursos para alcançar esses objetivos.<sup>60</sup>

Nesse sentido, argumento do governo francês quanto a proteção da igualdade das mulheres através da proibição do uso do véu em locais e repartições públicas foi rejeitado pelos magistrados, os quais apontaram que o fim pretendido pelo Estado não

---

<sup>56</sup> Ibid.

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> FACCHINI, Nicole. Proibição legal do uso do véu islâmico integral (burca e niqab) na França: análise da decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a questão, à luz do princípio da proporcionalidade. **Revista da Escola da AGU**, Brasília: DF, 2014, p. 159.

<sup>59</sup> Ibid., p. 159.

<sup>60</sup> Ibid., p. 163.

poderia justificar o banimento de uma prática apoiada por aquele grupo de mulheres, e ao mesmo tempo deu suporte positivo ao argumento da recorrente sobre a dignidade da pessoa humana, já que a vestimenta representa uma parte da identidade cultural daquelas pessoas, algo com o qual elas se identificam, além de ser um fator que contribui para o pluralismo e para a democracia.<sup>61</sup>

Por outro lado, os juízes concordaram com o argumento do Estado francês no que tange ao véu impedir uma maior socialização dessas pessoas em razão de ocultar sua face, prejudicando a própria interação social dessa minoria. A autora coloca que entre os ideais republicanos examinados pela corte, a fraternidade prevaleceu em detrimento da igualdade e da liberdade, o que revela que o real objetivo da legislação seria o alcance de uma convivência social harmônica. Sendo assim, a corte concluiu que a lei francesa seria adequada para os fins que pretendia, o que leva a indagação acerca de sua necessidade.<sup>62</sup>

O significado do princípio da necessidade teria fundamento no estudo sobre se o todos os prejuízos trazidos pela medida empregada seriam imprescindíveis para alcançar o fim desejado ou se existiriam outras ferramentas tão eficazes quanto essa e que não causassem tantas restrições. Além disso, ao agente que aplica a medida mais gravosa caberia esclarecer o porquê dessa escolha, ou seja, a razão pela qual seria essa opção aquela que produziria resultados mais eficientes e ao mesmo tempo acarretaria menos gravames que as outras.<sup>63</sup>

Ao iniciar sua análise a respeito da necessidade da lei francesa proibitiva, a Corte apontou para um dos argumentos mais fortalece o uso da margem de apreciação, qual seja o do princípio da subsidiariedade da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Segundo os juízes, o legislador nacional possui um maior conhecimento sobre a realidade local, o que faz com que haja uma maior legitimidade democrática das leis internas em comparação com as normas internacionais. Consequentemente, aos Estados é concedida a margem de apreciação para determinar quando que a liberdade religiosa deve sofrer uma intervenção a fim de que isso promova um bem maior. Em seguida, os juízes fixaram dois pontos a serem observados acerca do véis do princípio

---

<sup>61</sup> Ibid., p. 164.

<sup>62</sup> Ibid, p. 165.

<sup>63</sup> Ibid, p. 168.

da necessidade, se a lei em questão era necessária para garantir a segurança pública e se a mesma era também necessária para a preservação dos direitos de terceiros.<sup>64</sup>

No que tange ao primeiro tópico, foi concluído que o banimento do véu não era imprescindível, uma vez que a sociedade francesa não se encontrava em meio a uma ameaça geral a sua segurança pública. Somente o gesto de pedir que as mulheres mostrassem seus rostos em situações de risco já seria uma atitude suficiente. Portanto, nesse quesito a lei careceu de proporcionalidade, pois o meio utilizado, qual seja a proibição, era excessivo ao fim ao qual pretendia<sup>65</sup>.

Por outro lado, a Corte foi consentiu com o argumento do Estado francês de que o ocultamento do rosto afeta diretamente a interação social entre cidadãos, logo impor uma lei que obrigue os indivíduos a mostrar o rosto seria indispensável para assegurar a continuidade da harmonia e a boa convivência entre as pessoas, apesar das restrições de direito que ela possivelmente provoque.<sup>66</sup>

Por último, a Corte tratou de observar o princípio da proporcionalidade em seu sentido estrito. Aqui, a autora Nicole Mazzoleni Fachinni coloca:

O que se investiga aqui consiste na relação custo-benefício existente entre o resultado obtido pelo emprego do meio escolhido e a restrição a direito fundamental dele decorrente. Isso porque, certas vezes, os juízos da adequação e da necessidade não são suficientes para aferir a justiça de uma determinada medida restritiva adotada, tendo em vista que dela pode resultar uma sobrecarga ao direito atingido que não se harmoniza com a ideia de justa medida.<sup>67</sup>

Nesse sentido, a autora pretende esclarecer que essa ideia tem por objetivo mostrar se de fato a restrição do direito fundamental ocasionou um resultado justo, algo que não enfraqueça a obrigatoriedade em relação ao direito fundamental e que ao mesmo tempo possa gerar os efeitos esperados. Em suma, o objeto da discussão é a existência ou não de um balanceamento ou equilíbrio entre os meios e os fins<sup>68</sup>.

Partindo-se para a conclusão da Corte acerca desse subprincípio, a maioria dos juízes observou que a minoria das mulheres que utilizavam o véu realmente tiveram seu direito de liberdade e isolando-as do convívio social em ambientes públicos, além de chamar a atenção para o ataque simbólico da lei em relação ao pluralismo em função da

---

<sup>64</sup> Ibid, p. 168.

<sup>65</sup> Ibid., p. 168.

<sup>66</sup> Ibid., p. 168.

<sup>67</sup> Ibid., p. 168.

<sup>68</sup> Ibid., p. 169.



restrição a uma determinada identidade ou prática cultural<sup>69</sup>. Todavia, embora tenha sido acatado que as ideias de dignidade da pessoa humana, de igualdade entre homens e mulheres e de segurança pública não tenham sido suficientes para justificar a diminuição de um direito fundamental, o argumento de que o véu ao esconder o rosto impedia a perpetuação da máxima do “*viver juntos*”, remetendo ao diálogo e convivência na sociedade francesa, logo, a lei ao coibir essa conduta passa a ser um instrumento idôneo, imprescindível e equilibrado para os fins a que se propõe. Com isso, os juízes concluíram que não ocorreram violações aos artigos 8<sup>o</sup>, 9<sup>o</sup> e 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.<sup>70</sup>

## 2.4 – O Caso Zubczewski V. Suécia

O caso em questão tem como figura principal um cidadão sueco de 63 anos de idade que por conta de seu casamento acaba por ter sua aposentadoria reduzida para cerca de 50 euros por mês. O argumento do governo sueco para ter criado essa previsão legal era de que duas pessoas vivendo juntas poderiam dividir as despesas, portanto, não seria necessário o pagamento de um benefício previdenciário tão alto quanto aquele o reclamante recebia antes.

Os argumentos do senhor Zubczewski se direcionam para o fato de que, uma vez que sua esposa não trabalhava, suas despesas, ao invés de serem reduzidas, como havia alegado o governo sueco no momento de elaborar seus argumentos sobre o porquê de ter reduzido sua aposentadoria, aumentaram, pois ele deveria sustentar a si próprio e arcar com os custos de sua esposa<sup>71</sup>. Por conta disso, o mesmo alegou que, devido a legislação não prever sua situação em particular, o poder executivo sueco estaria praticando contra ele uma forma de discriminação<sup>72</sup>, violando as previsões do artigo 14 e artigo 1 do protocolo 1 da Convenção europeia sobre direitos humanos.

A partir dos argumentos da Corte, é possível perceber que os juízes entenderam que a escolha sobre se é legítima ou não a diminuição do benefício do reclamante seria algo que faz parte da esfera de liberdade de escolha do próprio Estado sueco, uma vez

---

<sup>69</sup> Ibid., p. 170.

<sup>70</sup> Ibid, p. 171.

<sup>71</sup> BREMS, Eva. **Zubczewski v Sweden: margin of appreciation as a blank check**. Strasbourg Observers, 2010. Disponível em <<https://strasbourgobservers.com/2010/04/13/zubczewski-v-sweden-margin-of-appreciation-as-a-blank-check/>>. Acesso em: 20 nov. de 2019.

<sup>72</sup> Ibid.

que se trata de uma medida estratégica de administração dos recursos econômicos e sociais<sup>73</sup>, o que remete diretamente ao instituto da margem de apreciação nacional.

Nesse sentido, Eva Brems discute que<sup>74</sup>:

A Corte julgou seu caso manifestamente infundado, afirmando que esta questão "se enquadra diretamente na margem de apreciação do Estado". Faz? A margem de apreciação não deve ser um cheque em branco para as autoridades nacionais. Deveria existir alguma forma de supervisão europeia em todos os casos. A breve argumentação do Tribunal, no entanto, não mostra que o Tribunal exerça qualquer escrutínio dos argumentos das autoridades nacionais. De fato, nenhum argumento das autoridades nacionais justifica a falta de uma exceção na decisão.

A partir das palavras da autora, é possível perceber que a maneira com que a Corte utilizou a doutrina da margem de apreciação revela uma forma de se esquivar do próprio dos juízes de analisar a medida problemática e abusiva do Estado sueco, o que demonstra que a fundamentação e as justificativas implementadas pelos apoiadores dessa teoria muitas vezes não traduz uma real preocupação sobre se de fato os ditames da convenção europeia serão concretizados.

Além disso, no caso em questão, é possível perceber que existem duas formas de discriminação que são colocadas em desfavor do reclamante. Em primeiro lugar, ele recebe uma aposentadoria menor do que uma pessoa que não é casada, unicamente pela suposição desfundada do poder público de que duas pessoas juntas possuem despesas menores, e por outro lado, ele também é desfavorecido só pelo fato de ser casado oficialmente, uma vez que uma pessoa que vive em um regime marital, algo que se aproxima de uma união estável, recebe sua aposentadoria na quantidade devida, não sofrendo nenhum tipo de redução em razão disso<sup>75</sup>.

A resposta da Corte para a demanda em questão foi desfavorável ao senhor Zubczewski, pois segundo os juízes, a discriminação prevista no artigo 14 da convenção só se configura a partir do momento em que pessoas em uma mesma situação são tratadas de uma forma diferente sem que haja um elemento objetivo que consiga explicar o motivo dessa diferenciação<sup>76</sup>. Ademais, os juízes acrescentaram que, a inexistência dessa justificativa de caráter objetivo significa que essa medida não carrega nenhuma razão legítima para existir ou que não existe uma relação de proporcionalidade

---

<sup>73</sup> TEDH. **Case of Zubczewski v Sweden (Zubczewski V. Suécia)**. Application n° 16149/08. Sentença de 20 de janeiro de 2010. Disponível em: < <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97180> >. Acesso em: 20 nov. de 2019.

<sup>74</sup> BREMS. Eva. Op. cit.

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> Ibid.

entre a medida implementada e seus resultados. Nesse sentido, os Estados possuem uma margem de apreciação para criar diferentes tratamentos que levem em conta esses parâmetros estabelecidos pela Corte, inclusive quando se trata da elaboração de medidas de aspecto socioeconômico<sup>77</sup>.

Assim, os juízes concluem sua fundamentação com a seguinte passagem<sup>78</sup>:

A Corte considera que Estados possuem uma ampla margem de apreciação quando se trata da implementação de medidas ou estratégias de caráter social e econômico, incluindo aquelas ligas a questões previdenciárias. Isso mostra que a legislação sueca estabelece diferentes benefícios para diferentes categorias de pessoas e que a razão para essa distinção é baseada no amplo princípio que, comumente falando, custos compartilhados são menores que custos isolados. Apesar da alegação do reclamante sobre ser seu caso uma exceção à regra geral na qual a legislação é justificada, A Corte opine que o elemento central dessa legislação está inserido totalmente na esfera da margem de apreciação do Estado.

Diante desse pronunciamento da Corte é possível perceber que a relação discriminatória que esteve presente em todo o desenrolar do caso foi simplesmente ignorada pelos magistrados. O único pronunciamento foi no sentido de afirmar que não existiria qualquer relação entre o valor que o aplicante estaria recebendo depois que se casou e a diferença desse valor em relação ao benefício recebido por pessoa que coabitavam. Com isso, a Corte se prestou ao papel de unicamente apontar que o caso em questão é de competência unicamente do Estado, uma vez que medidas de natureza econômica e social estariam inseridos no universo da margem de apreciação dos Estados.

Dessa forma, fica claro que a margem de apreciação nessa situação foi usada como uma forma de encobrir um raciocínio jurídico incompleto, omissivo e defeituoso por si só, tendo sacrificado um direito fundamental e privilegiado um tratamento discriminatório, o qual não carregava nenhuma explicação para existir, ainda que segundo os juízes da Corte essa diferenciação não tivesse qualquer condição para existir<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> Ibid.

<sup>79</sup> BREMS. Eva. Op. cit.

### **3. A RELAÇÃO ENTRE A MORAL NO CAMPO INTERNACIONAL E A MARGEM DE APRECIACÃO.**

A partir desse momento, será analisada a ligação existente entre os valores e conceitos que constroem a moral internacional e o fenômeno da Margem de apreciação.

A doutrina em questão entende que deveria haver uma divisão entre as questões que devem ser resolvidas pelo Tribunal europeu de direitos humanos e outras que devem ser apreciadas e julgadas pelos juízes nacionais em razão deles estarem em uma melhor posição para tratar delas. A partir dessa perspectiva, é possível associar cada uma dessas divisões com argumentos que trazem concepções morais que ajudam a esclarecer o porquê de haver essa separação, o que automaticamente auxilia no entendimento acerca das justificativas para ainda existir o fenômeno da margem de apreciação.

#### **3.1- A existência de uma moral interna e de uma moral internacional.**

Pode-se dizer que, enquanto uma ideia de moral mais geral, focada nas concepções sobre medidas que são vistas como certas ou erradas para todos, no sentido de ser algo que é indiscutivelmente certo ou absolutamente errado, ajuda a entender as motivações do porquê é necessário um tribunal internacional para os casos em que isso não é feito, por outro lado, quando se está diante de ações e comportamentos sociais que refletem preferências de uma determinada sociedade, geralmente os juízes nacionais é que seriam os mais procurados para solucionar possíveis conflitos. Essa dualidade da moral no campo internacional e no campo interno será discutida nas visões de dois autores, Leonard Sydney Woolf e Michael Walzer.

De acordo com a teoria apresentada por Leonard Sydney Woolf, a concepção sobre o conjunto de regras que formam o que pode ser entendido como uma moral no campo internacional estaria intimamente atrelado ao quanto que os Estados podem planejar suas ações sem levar em conta interesses particulares, agindo somente por ser isso o que é certo a ser feito. Isso demonstra que a moral internacional, segundo o autor está centrada na ideia de que aquilo que é certo, é certo para todos, uma vez que se está diante de temas que demandam certas atitudes corretas de todas as pessoas<sup>80</sup>. Como

---

<sup>80</sup> WOOLF, Leonard. International Morality. *International Journal of Ethics*, Chicago, v. 26, n. 01, p. 11-22, out. de 1925, p. 14.

exemplo, ele coloca a atitude do governo britânico em apoiar o fim da escravidão, o qual foi pressionado pela população, a qual acreditava que aquelas pessoas mereciam a liberdade. Esse apoio dos cidadãos britânicos significa que internacionalmente era entendido que libertar os escravos era o mais certo a ser feito, portanto, essa era a perspectiva que refletia a moral internacional da época.

O autor tenta demonstrar que as respectivas medidas e políticas de natureza internacional do Reino Unido nesse caso obedeceu a valores e ideias resultantes da moral em âmbito internacional, ainda que existissem interesses locais.<sup>81</sup> Nesse sentido, o autor coloca<sup>82</sup>:

Só há um elemento em relação a moral positive nas relações internacionais que merece atenção. É algo curioso que nos casos em que ações altruísticas foram exercidas ou recomendadas à uma nação, também foram casos nos quais a Liberdade humana foi questionada.

A partir da leitura do trecho, percebe-se que o tema da liberdade estimula que a população cobre do Estado aquilo que é certo, uma vez que a comunidade internacional condena a prática da escravidão, e, portanto, combatê-la é o certo a ser feito. Assim, fica claro que a maior preocupação não é favorecer o interesse local, mas sim atentar-se para uma possível violação de um valor que é reconhecido por todos os Estados, assim como é o princípio da liberdade humana.

No entanto, o autor ilustra que quando não existe um pensamento moral tão forte em relação a determinado valor, é comum que os interesses individuais preponderem em detrimento da obrigação exclusiva de fazer aquilo que é encarado como certo ou de não fazer aquilo que é entendido como errado<sup>83</sup>. Por conta disso, ele explica que as ações dos Estados nesse cenário levam em conta muito mais as ideias de moral de natureza individual, de pontos de vista daqueles que elaboram as ações estatais, não dando muito espaço para valores superiores que acabam por guiar o comportamento dos Estados, mesmo que eles não traduzam as reais ambições dos governantes<sup>84</sup>.

Sendo assim, é possível perceber que o autor trata de dois tipos de moral, uma de característica internacional, a qual tem por função resguardar valores encarados como necessários por todos, e outra de natureza mais individual ou interna, a qual reflete de

---

<sup>81</sup> Ibid., p. 14.

<sup>82</sup> Ibid., p. 09.

<sup>83</sup> Ibid., p. 10.

<sup>84</sup> Ibid., p. 11.

alguma maneira os princípios e pensamentos dos indivíduos de determinado local na forma de seus interesses.

Nesse sentido, a proximidade do discurso do autor com a teoria da *Margin of Appreciation* se dá por meio da visão de que essa doutrina também pressupõe essa divisão entre questões de aparência internacional e interna. A partir do momento em que um tribunal internacional concede uma parcela de participação dos Estados no processo de julgamento das demandas que chegam até ele, percebe-se que os juízes internacionais entendem que determinadas questões carregam uma característica valorativa que é muito próxima da realidade local, do contexto em que está inserida aquela sociedade. Portanto, é através desse argumento que a doutrina em questão levanta a bandeira de que os juízes nacionais estariam muito mais aptos a interpretar e decifrar os princípios, valores e costumes que fazem parte daquele caso, visto que eles estão inseridos naquela cultura e, portanto, conhecem melhor as características daquela comunidade.

### **3.2 – A dualidade entre a moral interna e a moral internacional: Os traços maximalista e minimalista.**

A partir de agora, será apresentada a visão de Michael Walzer sobre essa dualidade da moral na seara internacional, e como isso contribui também para que se alcance a compreensão acerca da margem de apreciação.

Michael Walzer argumenta que existe um sentimento compartilhado acerca do que é justo e correto. O autor relata que a grande maioria das pessoas transmite um sentimento de desprezo quando o Estado se utiliza de uma postura abusiva, o que faz com que elas defendam por um fortalecimento das instituições jurídicas no sentido de criar normas imparciais e abolir privilégios e prerrogativas das elites.<sup>85</sup> O autor argumenta que essa insatisfação seria algo comum, algo que é compartilhado entre os cidadãos, o que mostra que, essas pessoas, segundo o entendimento do estudioso, carregam valores semelhantes.

Assim, é possível perceber que aqui o autor trabalha com a mesma percepção sobre a moral geral, isto é, aquela que traduz valores universais, compartilhados por todos, e que, como demonstrado anteriormente influencia no quão os Estados podem

---

<sup>85</sup> WALZER, Michael. **Thick and Thin: moral argument at home and abroad.** (Franck Covey Loyola L). Indiana: University of Notre Dame Press, 1994, p. 15.

participar ou não dos julgamentos feitos pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Essa percepção é parte de sua teoria, a qual tenta explicar que dentro dos idiomas, os termos que transmitem ideias sobre moral e sobre valores possuem dois sentidos, um sentido minimalista e um outro sentido maximalista, possuindo cada um uma função específica que deve ser utilizada dentro de um contexto determinado<sup>86</sup>.

Ao trazer essa ideia para o debate referente ao particularismo e ao universalismo aplicado a temática dos direitos humanos, o autor se utiliza do argumento de que a diferença entre ambos seria explicada por uma questão de legitimidade, e para esclarecer isso, o mesmo faz menção a uma passeata que presenciou em Praga há alguns anos, situação na qual os manifestantes estavam protestando e exigindo justiça e melhores condições sociais.

Segundo sua perspectiva, no momento em que os manifestantes levantavam suas bandeiras e clamavam por justiça social, não haveria entre eles quaisquer inimizades ou discrepâncias, e isso o autor denomina de aspecto minimalista da moral, isto é, um compartilhamento de concepções sobre alguma coisa que é tão comum entre aqueles que o carregam, seja porque é benéfico a eles, como no caso da justiça, seja por outra razão, que acaba por criar uma visão universal, o que é associado ao universalismo por parte do autor.<sup>87</sup> É possível associar as palavras desse autor com aquilo que Leonard Sydney Woolf denomina de moral internacional, ou seja, esse compartilhamento de valores comumente reconhecidos como essenciais e indispensáveis, ou somente aquilo que é entendido como o correto a ser feito.

Por outro lado, ao discorrer sobre o aspecto maximalista da moral, Michael Walzer explica que a partir do momento em que a moral começa a se materializar, a se transformar de fato em algo concreto, tal como uma medida política ou uma política pública, os interesses particulares e, principalmente, as diferentes visões e opiniões começam a surgir. Aqui, mais uma vez os pensamentos de ambos os autores continuam a dialogar, pois, segundo Leonard Sydney Woolf, a preponderância dos interesses individuais em relação àquilo que é visto como correto reflete essa moral de cunho mais particular. Dessa forma, nesse momento ambos os autores demonstram que também existem valores que pertencem somente a um grupo de pessoas em específico, e não são aceitos por todos.

---

<sup>86</sup> Ibid., p. 15.

<sup>87</sup> Ibid., p. 15.

Para ilustrar isso, o autor mostra que, no caso da população da República Tcheca, os cidadãos daquele país irão buscar interesses que atendam às suas necessidades, e não aos apelos de outras pessoas. Isso é chamado pelo autor de relativismo, uma vez que é a partir daqui que diferentes perspectivas sobre uma ideia supostamente universal ganham espaço.<sup>88</sup> É justamente esse relativismo que surge com essa separação entre moral internacional e moral individual que irá, mais uma vez justificar a utilização da margem de apreciação no momento em que o juiz da Corte de Estrasburgo se depara com uma questão que revela essa característica particular, de que somente ideias locais é que podem explicar e dar sentido a decisão judicial necessária.

Diante de ambas essas características, o autor conclui que esse dualismo é inerente a ideia de moral, logo toda moral, seja de que tipo for, irá carregar essa dualidade.<sup>89</sup> Portanto, a moral se inicia como algo compartilhado pela coletividade, algo que reflete uma poderosa integração cultural e que contem valores compartilhados, mas que ao passo que vai se direcionando para objetivos mais individualizados, passa a demonstrar um perfil diferente, mais alinhado a uma perspectiva particular.<sup>90</sup> O autor mais uma vez utiliza o exemplo da justiça para reforçar seu ponto de vista. Ele argumenta que mesmo aquelas pessoas que não conhecem tão profundamente as especificidades relativas ao conceito de justiça em algum momento irão se identificar com esse conceito, mesmo que seja em relação ao lado negativo, que remete a um afastamento da ideia de justiça, o que demonstra a existência de uma moral mínima caracterizada pela sua presença universal.<sup>91</sup>

Seguindo com sua teoria, o autor diz que a moral no seu sentido mais básico, ou no seu sentido minimalista é universal porque não busca uma legitimidade em qualquer cultura, povo ou filosofia. Com isso, ela não teria uma origem, um criador, o que faz com que ela seja de todos e criada por todos<sup>92</sup>. No exemplo da passeata em Praga, há um reconhecimento por parte de todos que testemunharam o acontecimento no tocante ao que estava sendo defendido. Todos que presenciavam aquilo se identificavam com as bandeiras para as quais aquele grupo de manifestantes tentava chamar atenção. Contudo, o autor lembra que ao progredir na interpretação desses valores, cada um irá extrair um sentido diferente sobre como eles são aplicados no seu contexto cultural e

---

<sup>88</sup> Ibid., p. 15.

<sup>89</sup> Ibid., p. 16.

<sup>90</sup> Ibid., p. 16.

<sup>91</sup> Ibid., p. 16.

<sup>92</sup> Ibid., p. 16.



local, portanto cria-se a partir desse ponto uma individualização gradual da moral, o que é ilustrado pelo autor através de uma metáfora.

O mesmo convida o leitor a imaginar a sua própria manifestação, no seu próprio país e inserido no próprio universo cultural.<sup>93</sup>

### **3.3- A contribuição da moral individual para o fortalecimento da doutrina da margem de apreciação.**

A conclusão principal que é gerada pelos argumentos do autor é de que o dualismo que é resultado dessas duas espécies de moral é algo natural, imprescindível, pois ele é ao mesmo tempo carrega traços de universalidade, porque decorre não de um indivíduo, mas da existência de todos eles, isto é, ele decorre da humanidade, e também particular porque adquire uma forma singular em cada sociedade.<sup>94</sup> Consequentemente, apesar de todas as sociedades carregarem uma mesma característica, a humanidade de seus membros, nenhuma delas possui exatamente a mesma forma de viver, porque, como explica o autor, ao contrário da humanidade, que não possui origem, nem memória, nem práticas sociais e nem costumes, as sociedades possuem todos esses elementos.

Da mesma forma, embora cada uma delas seja diversa da outra, é possível que seus membros se reconheçam e se identifiquem no tocante a valores e a ideias advindas da moral minimalista, o que prova o dualismo ser um aspecto intimamente atrelado a complexidade da moral.<sup>95</sup> Ele continua sua exposição explicando que, apesar das perspectivas minimalista e maximalista da moral coexistirem de alguma forma, uma não necessariamente deriva da outra. Por conta disso, segundo o autor, é necessário repensar valores que são colocados como gerais ou naturais do ser humano. Ele argumenta que quando alguém tenta convencer outras pessoas acerca de ideais como social democracia, livre mercado, vantagens do sistema republicano e bem-estar social, essa pessoa está exercitando aspectos de uma moral de base minimalista, a qual, ainda que encontrem semelhanças com aspectos de outras culturas, não são concepções obrigatoriamente

---

<sup>93</sup> Ibid., p. 16.

<sup>94</sup> Ibid., p. 16.

<sup>95</sup> Ibid, p. 17.

universais, no sentido de poderem ser aplicados sem restrições a qualquer povo em qualquer lugar<sup>96</sup>.

A intenção do autor é mostrar que, embora os conceitos apontados por ele como minimalistas expressem um caráter de generalidade, na verdade são produto de uma atividade de reconhecimento e filiação entre diferentes povos e culturas ao longo de séculos, ainda que sejam demonstrados através de idiomas diversos e defendidos por meio de práticas e comportamentos que não são parecidos.<sup>97</sup>

Na verdade, na concepção do autor, essa identidade que foi sendo desenvolvida ao longo dos tempos se deu mais em razão de uma postura de defesa em meio a momentos de crise do que propriamente em épocas de paz.<sup>98</sup> Portanto, o que constrói essa moral mínima seria a existência de experiências, medos e respostas comuns para uma situação que atinge a todos.<sup>99</sup> A existência de um inimigo comum, seja a injustiça, a violência, a desigualdade, são os fatores que de fato unificam as pessoas, que criam entre elas uma comunidade de valores, cuja essência é o que melhor descreve a moral mínima. Por meio das ideias do autor, entende-se que esses valores que exprimem o universalismo, chamados de moral minimalista pelo autor, se fortaleceram devido a um receio por parte de todas as pessoas de que eles fossem ameaçados.

Com isso, dentro dessa tentativa de proteção surgiram as instituições internacionais, tal como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, responsável por salvaguardar as ideias de justiça, liberdade, etc através das normas da convenção europeia sobre direitos humanos. O fenômeno da margem de apreciação cria-se a partir da percepção de que não existem somente esses valores universais, mas sim ideias que transmitem particularidades sobre determinada sociedade, e que acabam por se tornar preponderantes ao ponto de ser aconselhável transferir o dever de julgamento parcialmente ao juiz nacional.

Em suma, o autor expõe que possuir somente uma moral denominada por ele como *“Thin morality”*, isto é, algo mais tênue, esparso, que não possui uma feição mais individualizada não é suficiente para que os valores ditos como fundamentais consigam se consolidar no comportamento das sociedades. É preciso que as pessoas tenham suas próprias visões, suas próprias perspectivas sobre algo para que possam exercê-la e defendê-la da melhor maneira possível, pois, caso contrário, não há de fato um

---

<sup>96</sup> Ibid., p. 17.

<sup>97</sup> Ibid., p. 17.

<sup>98</sup> Ibid., p. 17.

<sup>99</sup> Ibid., p. 18.

entendimento sobre o que são esses valores, sobre o que eles representam para cada indivíduo, o que o autor chama de “*Thick morality*”.<sup>100</sup>

O autor segue explicando que o uso de bandeiras universais, isto é, algo que deveria ser aplicado para todos os grupos de pessoas, mesmo que esses apresentem diferenças significativas, não seria uma estratégia eficiente, pois não haveria uma aplicabilidade global para entendimentos que possuem uma feição generalista, como por exemplo, a ideia crua de justiça. Segundo ele, isso abriria espaço para que todas as minorias determinassem o uso de sua própria opinião sobre conceitos abertos, que se sustentam unicamente no que foi descrito como moral minimalista ou “*Thin morality*”<sup>101</sup>

Por isso, o autor afirma que não é recomendável se basear unicamente no sofrimento histórico encarado pelas minorias, uma vez que ali não se encontram argumentos e visões que expressem uma perspectiva sobre a moral de caráter mais particular, mas sim somente julgamentos morais de cunho esparso, o que, embora possa fazer com que outras pessoas se identifiquem com todas as injustiças praticadas contra aqueles grupos de menor importância na sociedade, como foi o caso da manifestação em Praga, não é suficiente para moldar o significado do que seria moral ou não.

Dessa forma, fica claro que o raciocínio do autor acaba por colaborar com o entendimento da doutrina da margem de apreciação pois de alguma forma reforça a visão de que é necessário um olhar mais relativista, mais particular sobre as demandas que se colocam como universais, tais como os casos que chegam a Corte de Estrasburgo sob a alegação de violações contra normas da convenção europeia de direitos humanos que supostamente carregariam valores universais. Esse olhar mais individual, o que no caso da margem de apreciação é exercitado pelo juiz nacional, é o que de fato irá proporcionar a real efetividade das normas da convenção, uma vez que, segundo a opinião do autor não é inteligente que haja uma aplicação global de valores minimalistas, pois eles não conseguem traduzir o que é visto como certo ou errado por aquela sociedade.

No contexto da Corte de Estrasburgo, essa visão ajuda explicar que a insistência em aplicar sentenças que não levam em conta os pensamentos da sociedade local será algo falho, justamente porque não traduz os valores compartilhados por ela. É nesse

---

<sup>100</sup> Ibid., p. 18-19.

<sup>101</sup> Walzer, Michael. *Thick and Thin* (FRANK COVEY LOYOLA L) (p. 64). University of Notre Dame Press. Edição do Kindle.

sentido que o aspecto da participação do juiz nacional é tão bem-vindo, porque através dele, é introduzido um elemento capaz de emanar esse conjunto de concepções particulares capazes de assegurar a efetividade das normas.

Portanto, conclui-se que a moral mais fina ou “*Thin morality*” ao trazer conceitos mais universais não é eficaz quando aplicada a todos os contextos, sendo necessária uma moral mais individual ou particular, chamada de “*thick morality*” para que as pessoas daquela comunidade consigam se identificar com os valores e justificativas emanados pelas manifestações do poder público, como no caso de uma sentença. Sendo assim, isso é justamente o que pregam os defensores da doutrina da margem de apreciação, os quais defendem que deve haver uma participação dos Estados membros no processo de julgamento devido a esse aspecto da particularidade de determinadas demandas que chegam até a Corte. Assim, as visões de ambos os autores acabam por complementar-se, uma vez que os dois argumentam pela dualidade da moral e pela característica de que a moral internacional não aprecia as particularidades de cada sociedade.

### **3.4 - O risco da aplicação da margem de apreciação na continuidade do do direito internacional dos direitos humanos.**

A partir de agora serão examinados os argumentos de Antônio Augusto Cançado Trindade na intenção de demonstrar que privilegiar essa visão particularista, baseada quase que exclusivamente na concepção da moral interna dos Estados, e traduzida no procedimento da margem de apreciação pode acarretar diversos riscos tanto para a existência do próprio Tribunal Europeu de Direitos Humanos quanto para a efetividade do direito internacional dos direitos humanos.

Primeiramente, o autor discorre que, apesar de todos os aparatos de proteção internacional dos direitos humanos em nível nacional e internacional, existem certas construções doutrinárias que carregam consigo uma série de imprecisões e ambiguidades que acabam por provocar efeitos contrários àqueles desejados por esses sistemas. A fim de ilustrar sua exposição, o autor utiliza como exemplo justamente a teoria da margem de apreciação no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos.<sup>102</sup> O autor argumenta que a teoria em questão foi pensada sob a ótica da sabedoria dos

---

<sup>102</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 123.

Estados em aplicar as decisões dos órgãos internacionais no plano jurídico interno, e também sob o prisma de que o poder judiciário dos países que estariam submetidos à jurisdição da Corte de Estrasburgo seria absolutamente autônomo.

Contudo, o que o autor insiste em ressaltar é que essa independência dos órgãos judiciários somente se encontra em países em que há de fato um Estado de direito.<sup>103</sup> A principal consequência dessa observação é a de que o mecanismo trazido pela margem de apreciação só encontraria um ambiente propício para sua aplicação no contexto de um continente europeu no qual deveria haver um entendimento comum, uma consciência partilhada pelos Estados acerca do processo histórico pelo qual o continente passou durante os últimos anos. Uma vez que, segundo o autor, essa Europa homogênea, fincada no conceito de Estado de direito, vem perdendo cada vez mais força, o papel da margem de apreciação também vem perdendo espaço. O autor afirma que nos dias de hoje não é possível que os Estados Europeus sejam vistos verdadeiramente como Estados de direito, o que teria origem no desenvolvimento histórico que traz o fim do comunismo e uma mudança nos padrões sobre como é realizada a proteção dos direitos humanos.<sup>104</sup>

Diante dessa disparidade que apontada pelo autor da aplicação da teoria da margem de apreciação na Europa de antes e no contexto europeu de agora, principal fator para um enfraquecimento dos benefícios supostamente trazidos por essa ferramenta doutrinária, o autor passa a se utilizar de um paralelo entre o uso dessa teoria na Europa e sua possível aplicação no sistema de proteção dos direitos humanos de cunho interamericano. Nas palavras do autor, no caso do sistema interamericano, as violações contra direitos humanos refletem um desrespeito a direitos de natureza inderrogável, isto é, direitos que não cabem ser apreciados a partir da deferência da Corte interamericana aos Estados membros, uma vez que se tratam de direitos fundamentais, tais como o direito à vida. No entanto, segundo o autor, mesmo assim, ainda existem indícios de que os órgãos de supervisão e controle sobre o cumprimento dos termos da Convenção Interamericana falham em suas prerrogativas, acabando por direcionar a análise sobre o mérito da questão as cortes nacionais, terminando no mesmo problema característico da teoria da margem de apreciação.<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> Ibid., p. 124.

<sup>104</sup> Ibid., p. 125

<sup>105</sup> Ibid., p. 125.

O autor tem por objetivo apontar que uma das maiores contradições apresentadas pela teoria da margem de apreciação, principalmente pelo fato dela privilegiar a participação do juiz nacional, é justamente o fato dela retirar o papel essencial que os organismos internacionais de proteção aos direitos humanos carregam, uma vez que a partir do momento que a Corte Europeia de Direitos Humanos, por exemplo, passa a derrogar sua competência para que as cortes nacionais decidam os casos que chegam até ela, seu papel como órgão de proteção internacional acaba por esvaziar-se, pois a mesma só existe para corrigir as falhas cometidas pelas instâncias nacionais, logo qual seria sua utilidade se ela abandonasse essa função de correção e supervisão.<sup>106</sup>

Sendo assim, o magistrado acredita que tanto nos países do sistema Interamericano quanto naqueles do continente europeu atual existe uma incapacidade do poder judiciário nacional de se manter autônomo, independente de fatores externos como impunidade e corrupção, cujo impacto atinge direta e profundamente o desempenho das instâncias nacionais. Com isso, segundo o entendimento do autor, a premissa mais elementar para que a teoria da margem de apreciação fosse aplicada de maneira saudável, qual seja essa autonomia institucional, no poder judiciário dos Estados nacionais de ambas as regiões do globo não se faz presente nos níveis desejáveis, o que acaba por interferir na qualidade de proteção dos direitos humanos.<sup>107</sup>

Ao discorrer sobre a utilização da teoria da margem de apreciação no tocante a direitos de natureza inderrogável, tais como o direito à vida e a integridade pessoal, o autor aponta para o fato de que não caberia uma reinterpretação sobre o significado dessas ideias a partir dessa teoria. O motivo para tal impedimento seria justamente essa característica de essencialidade, de existência mínima e intocável que transmitem esses bens jurídicos, impedindo assim algum tipo de elasticidade ou ressignificação por parte das cortes nacionais, o que inclusive é descrito pelo autor como uma forma de atrapalhar o dever geral dos Estados de assegurar o livre e pleno exercício dos direitos humanos.<sup>108</sup>

Nesse contexto, o autor passa a discutir como a doutrina da margem de apreciação tem relação com a teoria da quarta instância e mais precisamente com o princípio da subsidiariedade. Ele demonstra que, de fato, tanto a doutrina quanto o princípio concordam que os tribunais internacionais não são agentes de revisão, isto é, a

---

<sup>106</sup> Ibid., p. 126.

<sup>107</sup> Ibid., p. 126

<sup>108</sup> Ibid., p. 127.

função deles não é revisar as sentenças de juízes nacionais. Contudo, o estudioso aprofunda essa discussão ao esclarecer que essa conclusão, apesar de ser fortemente sustentada, esconde um outro problema extremamente grave no que tange a efetiva proteção internacional por parte desses tribunais. Afirma o autor que<sup>109</sup>:

Ademais, ao basear-se em uma proposição formulada em termos essencialmente negativos- quais sejam, os órgãos de proteção internacional *não são* uma “quarta instância” – desvia a atenção da essência do problema, com o risco de frear, ou ao menos de deixar de estimular, uma mais decidida evolução da proteção internacional no âmbito de nosso sistema regional de direitos humanos. Seria incorreto, por exemplo, visualizar os órgãos convencionais internacionais de proteção dos direitos humanos como instâncias de revisão, por exemplo, de decisões de tribunais nacionais; disto não se trata. A essência do problema é distinta e pode ser formulada em termos antes positivos: os órgãos convencionais de proteção internacional *podem e devem* no contexto dos casos concretos de violações de direitos humanos, determinar a compatibilidade ou não com os respectivos tratados de direitos humanos, de qualquer ato ou omissão por parte de qualquer órgão ou agente do Estado, - *inclusive leis nacionais e sentenças de tribunais nacionais*”.

A partir da leitura do trecho, compreende-se que encarar a questão a partir de uma interpretação distinta, a qual adota um ponto de vista positivo capaz clarear a verdadeira dificuldade que existe nesse debate, qual seja o papel relevante dos tribunais internacionais em conseguir estabelecer um exame de validade entre as decisões nacionais e o conteúdo presente nos tratados internacionais que visam proteger direitos humanos. Essa dificuldade em relação a compreensão do significado do papel dos tribunais internacionais em definir um modelo de proteção internacional dos direitos humanos, nas palavras de Cançado Trindade, tem origem no não entendimento acerca da extensão dessa mesma proteção, isto é, até que ponto que as obrigações contidas em tratados atraem a responsabilidade dos Estados que dele fazem parte.

Diante disso, a utilização de doutrinas, tais como a margem de apreciação, acabam por ocasionar um aprofundamento de toda essa incompreensão, pois, ao invés de esclarecerem prontamente qual é o alcance da proteção das normas internacionais em tratados de direitos humanos, somente contribuem para a construção de conceitos vagos e desprovidos de conceitos que se mostrem verdadeiramente úteis para reduzir dúvidas e outros tipos de incertezas.<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> Ibid., p. 128.

<sup>110</sup> Ibid., p. 129.

Ao interpretar as palavras do autor, é possível entender que o mesmo enxerga na teoria da margem de apreciação um mecanismo que permite uma interferência indevida do direito interno no contexto de proteção internacional dos direitos humanos. Tal intromissão traz consigo conceitos ambíguos que só agravam essa incompreensão sobre o tamanho do alcance da proteção de normas internacionais de proteção de direitos humanos. Consequentemente, a defesa dos direitos humanos permanece estática, fazendo com que sejam cada vez mais necessários os mecanismos de proteção internacional.

Portanto, para que haja uma transformação nesse quadro é imprescindível que seja aceito que a legislação internacional carrega consigo a intenção de aprimorar, de complementar as formas de proteger os direitos humanos que são trazidas pelas leis nacionais, e não de desafiá-la ou se sobrepor a ela. Com isso, prevalecerá um melhor entendimento acerca de até onde se estendem as obrigações internacionais e com ele uma nova mentalidade capaz de promover outros novos avanços em relação a proteção internacional dos direitos humanos.<sup>111</sup>

O autor acrescenta que, ao passo que é preciso que se construa essa mentalidade mais saudável em relação a proteção, também é imperativo compreender que os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos não emanam obrigações jurídicas tão somente aos governos, mas também aos Estados, sendo esse entendido em toda a sua estrutura pública, incluindo todos os poderes, e não somente o poder executivo, e todos os seus órgãos e agentes.

Por conseguinte, o magistrado entende que cabe também determinar a partir da presença dos tratados quais são as obrigações de cunho legislativo e judiciário que aparecem a partir do momento da adesão de determinado país junto a um tratado de direitos humanos, evitando dar destaque unicamente àquelas de natureza executiva ou advinda do governo, entendido como poder executivo. A explicação para essa colocação se dá a partir da tese de que as ferramentas de defesa internacional só conseguirão de fato ter sucesso através do aprimoramento desses mesmos recursos no plano interno de cada Estado, uma vez que é necessário haver, como deixa claro o autor, uma consciência consolidada de quais são os deveres de cada peça da estrutura estatal no que tange aos tratados.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> Ibid., p. 129.

<sup>112</sup> Ibid., p. 129.



Contudo, depois de todas essas observações feitas por Cançado Trindade sobre o fenômeno da margem de apreciação, é possível enxergar que a dualidade abordada por Leonard Sydney Woolf e Michael Walzer, a qual ajuda entender o porquê da margem de apreciação se utilizar de concepções morais, percepções e valores comuns de cada sociedade local para que realmente haja uma compreensão e uma efetividade no tocante ao caso concreto trazido a Corte, acaba por ocasionar diversos obstáculos e perigos ao objetivo de universalizar o papel de proteção dos direitos humanos.

A teoria da margem de apreciação, a qual traz consigo o emprego das visões particulares das instâncias nacionais, inclusive perspectivas individuais que são preponderantes em determinados países e que indiretamente são reproduzidas nas sentenças dos juízes nacionais, a chamada moral maximalista ou “*Thick morality*” de Walzer, acaba por agravar a ineficácia da proteção internacional de direitos humanos, porque subtrai dos tribunais internacionais sua função de revisitar as decisões nacionais no tocante aos direitos humanos, diminuindo a importância da presença e a legitimidade desses organismos. Por conta disso, o autor também aponta que a doutrina da margem de apreciação ao realizar essa transferência das Cortes Internacionais para as instâncias nacionais contribui para uma incompreensão acerca da extensão das obrigações dos Estados dentro dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

Portanto, a relação entre ambos os autores, é que, embora a argumentação de Michael Walzer e Leonard Sydney Woolf esclarece de alguma forma as razões do porquê existe uma defesa para a utilização da teoria da margem de apreciação em razão de fazer transparecer que a utilização de uma moral de natureza maximalista é, de uma maneira ou de outra, mais apropriada para definir e caracterizar os comportamentos e atitudes presentes em uma sociedade, as críticas apontadas por Cançado Trindade esclarecem que o uso desse particularismo dentro da lógica da teoria traz mais inseguranças e prejuízos do que propriamente benefícios. Isso se dá principalmente em relação a tentativa dos Estados de enfraquecer os mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos, o que acaba por incluir a atuação das cortes internacionais, tal como a Corte Europeia de Direitos Humanos. Assim, esses agentes acabam por perder espaço e importância por meio dessa proposta de transferir o exame legal das questões que envolvem a temática dos direitos humanos para as instâncias nacionais.

#### **4. RISCOS E CONTROVÉRSIAS PROVOCADOS PELA APLICAÇÃO DA TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO.**

##### **4.1- A incompatibilidade entre a teoria da margem de apreciação e a universalidade dos direitos humanos**

O autor Jack Donnelly declara que, diferente de outras categorias de direitos, os direitos humanos não possuem origem em contratos ou outros documentos jurídicos<sup>113</sup>. Diante disso, ele passa a se questionar qual seria a origem precisa desses direitos. Sua teoria defende que os direitos humanos não viriam somente das necessidades humanas mais básicas, mas sim de uma natureza moral presente em cada ser humano, a qual também é responsável por explicar de alguma forma a natureza humana, a qual, nas palavras do autor, é o elemento que explica e dá origem as necessidades humanas mais básicas. O mesmo acrescenta que os direitos humanos estariam de alguma maneira entre o que não está além desse conteúdo moral da natureza humana e o que não está aquém dela, ou seja, algo que possui um núcleo essencial, o qual não pode ser nem exacerbado, e muito menos reduzido.<sup>114</sup>

O autor segue desenvolvendo sua tese ao demonstrar que os direitos humanos não são somente uma forma de proteger a vida do ser humano, mas também de proporcioná-lo melhores condições de vida, na qual ele possa desfrutar de sua dignidade humana de maneira plena. Consequentemente, no caso daqueles que não conseguem desfrutar inteiramente desses direitos, sofrem uma diminuição de sua dignidade, o que afeta diretamente esse conteúdo essencial ao qual o autor denomina de moral da natureza humana, uma vez que ocorre uma redução da extensão desse elemento.<sup>115</sup> Portanto, o que o autor quer esclarecer é que esses direitos são imprescindíveis para que qualquer ser humano consiga ter uma vida minimamente digna.<sup>116</sup>

Ao discutir sobre causas que podem ferir diretamente esse núcleo essencial da moral e dignidade humana, ao qual o autor aponta como principal elemento ou fonte dos direitos humanos, ele demonstra que um dos principais aspectos que ameaçam a preservação dos direitos humanos é a interferência realizada pelas elites locais em cada

---

<sup>113</sup> DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. **Cornell University Press**, Nova Iorque, 2003, p. 13.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 14.

país. À título de exemplo, não existiria, segundo ele, uma dicotomia entre possuir direitos econômicos e sociais, isto é, essas duas categorias de direitos não se chocam, e sim são duas espécies de direitos humanos que complementam a dignidade humana, a qual perde espaço sem a existência de qualquer das duas categorias. O que existe nas palavras do autor é uma colisão entre as demandas que buscam legitimidade nos direitos humanos e os interesses das grandes elites em preservar suas ambições econômicas.

A partir do momento em que os mecanismos de controle político responsáveis por controlar e manipular as massas são desafiados, ocorre simultaneamente a violação de direitos humanos sejam de cunho político ou civil, uma vez que é necessário manter esses privilégios econômicos daqueles que compõem as camadas privilegiadas. Diante disso, a pobreza e a desigualdade social de acordo com o entendimento do autor não são fenômenos simplesmente naturais, mas sim resultado de manipulações que ocasionam a depreciação de direitos humanos, e consequentemente, o abandono da dignidade humana daqueles que sofrem com essas condições. Portanto, ele afirma que os direitos humanos devem ser utilizados para destacar essas incoerências dentro da sociedade, e não contribuir para a continuidade delas.<sup>117</sup>

Além disso, o autor afirma que o Estado não é um instrumento de controle social e político neutro, mas sim uma ferramenta de propagação de discursos de cunho autoritário, que dispensam a aplicação de direitos econômicos e sociais. O que o autor observa como um fato curioso é que, mesmo aqueles que estão no controle do Estado e que dissipam essa fala de ataque à presença e aplicação desse tipo de direitos só o fazem em relação àqueles que não fazem parte de sua camada social. A rejeição aos direitos humanos de qualquer espécie é apontada somente para grupos sociais específicos, sendo eles geralmente aqueles que não possuem seus interesses como sendo os predominantes dentro da estrutura do poder estatal, enquanto que aqueles que fazem parte das elites econômicas e políticas podem fazer uso livremente justamente do conjunto de direitos e garantias criticados pelos seus próprios discursos. Por isso, o autor insiste mais uma vez em defender que ameaças ao discurso universal dos direitos humanos frequentemente partem desses grupos dominantes que assumem a direção de postos importantes no poder público, e com isso conseguem influenciar o comportamento do Estado por meio

---

<sup>117</sup> Ibid., p. 33.

de discurso contrários à ideia de direitos humanos para evitar questionamentos quanto aos seus interesses.<sup>118</sup>

A principal conclusão que é possível extrair do discurso do autor é a de que a criação de políticas públicas e medidas relacionadas a matéria de direitos humanos não pode envolver somente um tipo de perspectiva, pois a eficácia desses direitos fica totalmente refém do fato dessa visão estimular sua ampliação ou então querer enfraquecer sua participação em uma determinada sociedade. O autor ilustra sua argumentação ao relembrar de sociedades que presenciaram profundas violações de direitos humanos, apontando em cada uma delas a existência de camadas sociais predominantes que não permitiam que o Estado tivesse contato com diversas outras ideologias e pensamentos que, ainda que intimidados e até perseguidos certas vezes, poderiam ser encontrados naquele contexto.

Por conseguinte, o desrespeito aos direitos fundamentais tornou-se algo institucionalizado, chancelado pelo poder público em razão da influência de um grupo de pessoas que não se sentia confortável com a presença desse tipo de proteção legal em relação a todas as pessoas.<sup>119</sup>No entanto, qual seria a relação de todos esses aspectos atinentes aos direitos humanos no plano interno de cada Estado com a teoria da margem de apreciação aplicada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos?

Eyal Benvenisti argumenta que essa doutrina surgiu da preocupação dos governos nacionais em relação ao quanto que as medidas e políticas que partiam de organismos internacionais poderiam de alguma maneira interferir em seus respectivos interesses locais. O explica que a doutrina foi desenhada em parte pelas práticas de derrogação por parte dos Estados dentro de tratados internacionais. Os Estados se autoproclamavam como em situação de emergência com a intenção de impedir a aplicação dos termos do tratado, justamente para que as questões que poderiam ser sanadas pelo conteúdo desse dispositivo fossem resolvidas pela máquina estatal interna.

A principal razão para essa estratégia dos Estados é a de que com a derrogação dos poderes que supostamente estavam inseridos nos tratados para os governos nacionais, os mesmos se utilizavam do discurso de que o senso comum, ou seja, a moral predominante naquela sociedade exigia o mantimento da ordem, e com ele, ações mais incisivas por parte dos respectivos governos, o que automaticamente já garantia a

---

<sup>118</sup> Ibid., p. 33.

<sup>119</sup> Ibid., p. 33.

legalidade e, conseqüentemente, a legitimidade das medidas do poder público<sup>120</sup>A principal consequência desse fenômeno foi que os Estados passaram a gozar de uma ampla discricionariedade para escolher suas políticas públicas, mesmo que elas abarcassem temas que claramente violavam direitos humanos essenciais, tais como incitação à violência ou até mesmo estímulo e propaganda de discursos racistas.<sup>121</sup>

Além disso, o autor passa a explicitar quais são os riscos que estão por trás da utilização desse argumento relacionado a moral e ao senso comum para justificar o emprego dessa teoria. Ele expõe que, a ampla discricionariedade gerada pela transferência da competência da Corte de Estrasburgo para os juízes nacionais é algo que ameaça a preponderância da tentativa dos direitos humanos de alcançarem uma incidência mundial, e com isso, restringirem o abuso e as violações cometidas pelos governos contra os direitos humanos. Outra questão levantada pelo autor se dá no tocante a credibilidade da própria Corte Europeia em continuar julgando os casos diante a ampliação dessa doutrina, uma vez que ao transferir-se para os juízes nacionais o exame do mérito da questão, a função da própria corte acaba por esvaziar-se cada vez mais.

Assim, segundo o autor cria-se uma inconsistência no tocante a formação de uma jurisprudência robusta em relação aos direitos humanos, visto que, mesmo dentro de casos semelhantes, a presença do livre arbítrio do Estado em decidir sobre essas demandas em diferentes países ocasiona o surgimento de uma diversidade de padrões, perspectivas e visões particulares que conseqüentemente também não ajudam no fortalecimento dos direitos humanos no plano universal.

Algo que é apontado pelo autor como ainda mais alarmante é o fato de que a teoria em questão carrega o poder de enfraquecer a importância dos princípios e pontos de vista de cunho internacional que possuem a função de balancear ou intimidar as ações das nações para que não ultrapassem limites já consolidados em costumes internacionais e tratados. Por conta disso, no entendimento de Eyal Benvenisti, a prática de conceder tanta liberdade aos juízes nacionais poderia causar uma visão por parte deles de que os órgãos judiciários internacionais não são mais necessários, em razão de serem eles aqueles que melhor conhecem sua própria realidade, seus costumes e tudo atinente a suas respectivas sociedades.

---

<sup>120</sup> BENVENISTI, Eyal. Op. cit., p. 845.

<sup>121</sup> Ibid., p. 846.

Por conseguinte, a criação de uma resistência pelos Estados em terem suas sentenças reexaminadas ou alteradas por Tribunais internacionais poderia não ser algo tão impossível de ser imaginado<sup>122</sup>. Todos as ameaças destacadas pelo autor mostram que o resultado de permitir que os Estados se utilizem de seus juízes para resolver uma demanda devido somente a proximidade cultural e local que ela carrega em relação àquela nação provoca mais insegurança do que propriamente benefícios.

O autor aprofunda sua reflexão ao dizer que o emprego da margem de apreciação em casos que tragam conflitos entre minorias e majorias sociais é ainda mais perigoso. Sua perspectiva parte do princípio de que ampliar a discricionariedade do Estado só é possível quando trata-se de medidas ou políticas públicas que tenham por fim abranger a população em geral. No entanto, nos casos em que estão em discussão direitos de grupos minoritários, como pessoas pertencentes a etnias específicas ou aqueles que cultivam uma determinada religião, esse alargamento da liberdade de ação dos governos geralmente ocasiona uma restrição ou perda maior para as minorias do que para as camadas predominantes na sociedade.

É justamente por isso que é tão indispensável a existência de organismos internacionais de proteção aos direitos humanos, tal como a Corte Europeia, pois eles servem como meios dessas pessoas reclamarem a violação de seus direitos para fora do domínio jurisdicional do Estado, possibilitando um julgamento mais imparcial e menos suscetível de sofrer interferências por parte de autoridades locais. Portanto, segundo o autor, a deferência de julgamento aos juízes nacionais impede que esses mesmos organismos consigam de alguma forma melhorar os defeitos que acompanham o sistema democrático, e também aprimorar o próprio sistema judiciário estatal.<sup>123</sup>

Nesse sentido, a partir do momento que direitos de grupos minoritários estão em jogo, e não direitos de cunho coletivo, que se apliquem a qualquer tipo de pessoa, o recurso da margem de apreciação não é recomendável. O autor destaca alguns exemplos de situações que refletem sua opinião, tais como nos casos em que o poder público impõe restrições desproporcionais em relação a um grupo específico de pessoas que desejam se manifestar publicamente, associar-se para um determinado fim ou até mesmo acessar o sistema educacional público. Assim, percebe-se que a intenção do autor é mostrar que escolher pela margem de apreciação nacional é o mesmo que

---

<sup>122</sup> Op. cit., p. 844.

<sup>123</sup> Ibid., p. 847.

favorecer um enfraquecimento do poder das minorias de preservarem sua própria continuidade.<sup>124</sup>

É a partir disso que é possível responder o questionamento inicial sobre o quanto que a influência das elites pode acarretar em um esvaziamento dos direitos humanos desses grupos minoritários que não estão devidamente representados nas esferas públicas. A tese de Jack Donnely pode ser ilustrada pelos efeitos que a teria da margem de apreciação provoca, uma vez que a partir do momento o poder de decisão é transferido aos juízes nacionais, a probabilidade de grupos majoritários exercerem certo tipo de influência, seja ela cultural, política ou econômica, é consideravelmente maior. Com isso, o status quo de poder nesses locais é preservado, impedindo que as minorias consigam uma maior expressão de direitos dentro daquela sociedade, principalmente no tocante ao exercício de direitos humanos, tais como liberdade de expressão, liberdade religiosa, etc.

Ao continuar sua discussão, Eyal Benvenisti aponta que existem imperfeições no sistema democrático que unidos aos resultados da margem de apreciação podem agravar ainda mais a situação desse conjunto de pessoas em menor número que, em razão de muitas vezes ser preterido no que tange às políticas públicas, enxerga no poder judiciário sua única alternativa para ver seus direitos serem verdadeiramente efetivados<sup>125</sup>. A perspectiva do autor nesse sentido mostra que, ainda que em tese a margem de apreciação procure fortalecer o sentimento democrático entre as comunidades nacionais, o fato da natureza desse modelo de gestão política possibilitar que a maioria das pessoas controle o poder público, controlando assim também as minorias, na concepção do autor, acaba que por mudar os efeitos que a margem pode oferecer.

A explicação para isso é de que, a partir do momento que a maioria ocupa os cargos de poder, ela irá se utilizar desses recursos para preservar seus interesses, e consequentemente direcionar outros interesses para um segundo plano. Consequentemente, dentro do processo de formulação de estratégias e medidas por parte do Estado, as necessidades das minorias passam a não ser tão observadas como deveriam<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> Ibid., p. 847.

<sup>125</sup> Ibid., p. 848.

<sup>126</sup> Ibid., p. 848.

Mesmo que hajam alternativas para compensar esse desequilíbrio dentro da disputa de poder entre ambos os grupos, como o próprio judiciário e outras instituições de proteção e garantia de direitos, e também mesmo que o uso da margem de apreciação possa proporcionar um melhor aproveitamento dos sistema democrático, quando essas garantias falham ou só existem no âmbito das leis, não possuindo uma aplicação real, essencial que os organismos internacionais possam ter a chance de supervisionar e observar a situação do exercício de direitos humanos naquele local<sup>127</sup>.

O autor coloca que o sistema internacional carrega como uma de suas funções essenciais justamente a proteção dos direitos das minorias, o que acaba servindo também como uma justificativa para a própria existência e continuidade desse arranjo. Uma vez que as democracias nacionais apresentam imperfeições ou defeitos no tocante a absorção das demandas de etnias ou grupos minoritários em um determinado local, além do fato de que os mecanismos estatais sofrem grande influência por parte de indivíduos que ocupam cargos de poder na sociedade, os órgãos internacionais acabam por servir como uma alternativa, pois nesse caso trabalha-se com a perspectiva de um juiz internacional, logo a probabilidade que a sentença reflita um sentimento pertencente a um aspecto da moral ou do senso comum daquele Estado que está na disputa é menor.

No entanto, no caso da margem de apreciação esse cenário é invertido, afastando o papel dos Tribunais internacionais de realmente verificar possíveis violações a direitos humanos a partir de uma perspectiva mais imparcial, o que provoca sérios riscos, tais como o de abandonar o dever de proteção das minorias dentro de democracias nacionais.<sup>128</sup>

Partindo para outro aspecto da discussão sobre os motivos para que haja essa concessão de discricionariedade aos Estados, o autor começa a examinar a questão da existência ou não de um consenso dentro da comunidade europeia, o qual será determinante para a ocorrência ou não da margem de apreciação. Na opinião do autor, a importância do consenso está no fato de que, quanto menor ou menos provável é a existência desse acordo moral sobre determinado assunto, maior será a probabilidade da Corte de Estrasburgo transferir o julgamento do mérito dessa questão para os juízes nacionais<sup>129</sup>. Ele explica que a teoria por trás do consenso se justifica a partir da sua função de fazer com que os Estados aos poucos venham a adaptar suas respectivas

---

<sup>127</sup> Ibid. p. 849.

<sup>128</sup> Ibid., p. 850.

<sup>129</sup> Ibid., p. 851.



legislações, jurisprudências e políticas públicas às novas tendências, ainda que seja necessária a preservação de certas características.

Em outras palavras, o que autor pretende expressar é que cabe à Corte ir aos poucos introduzindo em suas sentenças novas perspectivas, opiniões, visões, etc, que busquem de alguma forma introduzir gradualmente esse consenso junto aos Estados nacionais, embora também tenham que ser observadas as limitações para a introdução de todas essas novidades, o que é justamente a preservação desses traços de moralidade que de alguma formam significam aquilo que pode ser entendido como moralmente essencial para uma sociedade. No entanto, nas palavras do autor, há um risco por trás da construção desse consenso. Esse perigo está no papel dos juízes em construir esse parâmetro, pois diante da inexistência de um processo ou de alguma fórmula a ser seguida, torna-se muito mais fácil manipular um conteúdo, transformá-lo em algo convincente e popularizá-lo com um título de consenso, quando na verdade o que está por trás disso são preferências e interesses dos próprios juízes.<sup>130</sup>

Nesse sentido, o autor explica que esse processo de identificação de um suposto consenso por parte dos juízes carrega algumas incoerências. Uma delas seria em relação as justificativas teóricas para a existência desse acordo, pois, de acordo com o autor, a única possibilidade que essa teoria tem de ser fielmente cumprida seria através do apelo em relação a existência de um costume, de um comportamento repetitivo por parte da sociedade que acaba por se transformar em um padrão coletivamente aceito.

Contudo, a principal crítica com relação a esse aspecto é a de que a Corte acaba por se esquivar do dever de analisar meticulosamente a demanda, isto é, os juízes encaixam determinado caso dentro de um suposto costume ou consenso, ainda que não fique claro como que eles chegaram a essa conclusão, uma vez que não existe uma fórmula tão exata sobre como identificar esse costume. Com isso, a principal vantagem para os juízes da Corte é de que eles simplesmente delegam a responsabilidade por suas próprias decisões para o conteúdo do consenso.

Além disso, outra problemática que é observada nessa passagem do autor é a de que, por meio desse exercício de utilização do consenso como única resposta às demandas que são levadas ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, acaba não havendo por parte de seus integrantes uma verdadeira proteção externa por parte da Corte. A explicação para isso está no fato de que, ao aderir ao consenso como única

---

<sup>130</sup> Ibid., p. 852.

alternativa para solucionar os desafios que chegam até a Corte, ela está automaticamente deixando de lado seu papel como órgão supranacional, o qual tem como objetivo questionar as medidas e decisões que partiram do núcleo soberano dos Estados. Consequentemente, ela cessa sua função de estabelecer “*universal standards*”, o que nas palavras do autor, pode ser entendido como o entendimento genuíno desse órgão em relação a temática dos direitos humanos no plano internacional, uma vez que o consenso passa a ser utilizado como resposta automática aos respectivos casos. Por conta disso, mais uma vez o dever de combater os abusos cometidos pelos grupos majoritários acaba sendo deixado em segundo plano, porque, enquanto que as decisões do Tribunal refletem um consenso construído por meio de referências ao respeito à soberania, ao conceito de subsidiariedade e a preservação da democracia nacional, não resta espaço para que sejam questionadas as respectivas escolhas e comportamentos de cada Estado em relação a preservação dos direitos humanos, ocasionando com que a Corte ignore as violações que estão presentes no *status quo* dos Estados<sup>131</sup>.

Diante de todas as observações descritas pelo autor, é possível perceber que a Corte Europeia de Direitos Humanos é um órgão que surgiu da preocupação em relação ao reconhecimento de que as instituições democráticas nacionais não seriam imunes ao cometimento de violações graves contra direitos humanos, logo era preciso que um agente externo supervisionasse como que determinado estava agindo a fim de impedir que os interesses da maioria se tornassem superiores às garantias de grupos tradicionalmente excluídos. No entanto, a teoria da margem de apreciação acaba por agravar esse quadro, uma vez que ela é responsável por transferir demandas judiciais relacionadas a essa temática para as cortes nacionais, sem ao menos examinar se existem ou não condições para tal manobra sem implementada sem que isso acarrete um desrespeito às normas protetivas de direitos humanos.

Embora a crítica feita pelo autor possa transparecer uma completa rejeição a ideia de que os Estados carregam sua própria soberania, mesmo dentro de um sistema comunitário, tal qual é o caso da Europa, o cerne de sua crítica está no despreparo por parte da Corte Europeia em delegar esse julgamento mesmo nos casos em que existem claras suspeitas de violações constantes contra direitos humanos por parte dos governos nacionais ou quando as políticas públicas visam beneficiar um grupo social em específico, afastando as minorias de serem incluídas por elas. Portanto, Eyal Benvenisti

---

<sup>131</sup> Ibid., p. 852.

não discorda totalmente da ideia de margem de apreciação, mas não aprova sua utilização às cegas ou unicamente sob o pretexto de que os juízes nacionais estariam em uma melhor posição para tratar da demanda<sup>132</sup>.

#### **4.2 – O efeito utilitarista provocado pela doutrina da margem de apreciação.**

Partindo para análise de George Letsas sobre o fenômeno da margem de apreciação, pode-se dizer que o autor entende essa teoria sob o prisma de que a mesma deve ser dividida em duas modalidades. A primeira refere-se a um aspecto material ou substancial, no qual a principal tarefa é de balancear uma certa gama de direitos individuais trazidos pelo diploma da Convenção europeia sobre direitos humanos com os interesses coletivos carregados por cada sociedade em seu espaço nacional.<sup>133</sup>

O autor passa a analisar em primeiro lugar essa característica substancial da teoria em questão. Ele aponta que existe um defeito nessa doutrina devido a uma carência de normas que sejam capazes de disciplinar como que será feito esse equilíbrio entre a proteção dos direitos e garantias individuais e a necessidade do Estado de buscar o interesse público e o bem comum, ainda quando essa busca inclua interferir de alguma maneira nas esferas privadas dos cidadãos.

Portanto, a crítica está ao redor da incapacidade do órgão internacional, nesse caso a Corte de Estrasburgo, de observar quando que estão sendo cometidas ilegalidades ou abusos por parte dos juízes nacionais alvos da margem de apreciação, posto que não há sequer alguma orientação normativa sobre como que esse trabalho de avaliação e interpretação por parte do juiz nacional deve ser feito após já ter sido transferida a obrigação do julgamento ao judiciário nacional. Com isso, percebe-se aqui um afastamento significativo do princípio da proporcionalidade, por exemplo, uma vez que mesmo diante da ultrapassagem do limite da esfera privada por parte das decisões do poder público, isso acaba por se tornar invisível aos olhos da Corte europeia.<sup>134</sup>

Algo que também é encarado pelo autor como motivo de crítica ao método utilizado pela margem de apreciação é a característica de que o juiz nacional ao analisar a demanda judicial em questão não se preocupa em observar um cumprimento ou não do princípio da proporcionalidade, mas sim em somente dizer se naquela determinada

---

<sup>132</sup> Ibid., p. 853.

<sup>133</sup> LETSAS, George. Two concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of legal studies*, Oxford, v. 26, n. 04, p. 706, 2006, p. 706.

<sup>134</sup> Ibid., p.712.

situação ocorreu uma violação ou não de uma norma protetiva de direitos humanos contida na Convenção Europeia de Direitos Humanos.<sup>135</sup>

O que o autor deseja esclarecer é que existiria uma preocupação de cunho muito mais formal por parte dos magistrados em afirmar para si o dever de julgar uma ação que teve origem e que está profundamente envolvida com a sociedade da qual eles fazem parte do que propriamente em focalizar no quanto que aquela atuação do poder público nacional afetou negativamente aquela pessoa que ensejou a ação judicial, uma vez que a proporcionalidade, e consequentemente a legitimidade, do comportamento do Estado passam a não ser tão relevantes<sup>136</sup>. Por conta disso, grande parte das sentenças que são resultado do processo de deferência vindo da margem de apreciação acabam por mostrar-se rasas, ou pouco convincentes no tocante a esse aspecto do quanto que a ação estatal se manteve dentro de um limite aceitável, isto é, dentro de um espaço de proporcionalidade.

A causa desse problema estaria na inexistência de algum tipo de orientação ou normativa que aponte quando que a decisão do juiz nacional contribuiu para a ilegalidade da medida estatal ou não, o que mais uma vez contribui para a falta de transparência e controle sob os efeitos que a doutrina é capaz de acarretar.<sup>137</sup>

No tocante ao aspecto estrutural que é levantado pelo autor ao lado do aspecto material, ele tem por objetivo refletir uma característica específica por trás do desenvolvimento da teoria da margem de apreciação, qual seja a de que tribunais internacionais não podem ou pelo menos não deveriam carregar tanto poder de revisar ou controlar as decisões tomadas pelas cortes nacionais. Isso mostra que o autor discorda dessa doutrina ao apontar que ela visa de alguma maneira restringir o poder das cortes internacionais, uma vez que a atuação dessas últimas acaba por desafiar a hegemonia dos juízes nacionais em seus respectivos países.<sup>138</sup>

Ao analisar a polêmica referente ao tema do consenso e de como isso contribui para o fortalecimento de argumentos favoráveis à transferência do poder de julgamento aos juízes nacionais, pois eles estariam em melhor posição para julgar aquela demanda, George Letsas concorda que o princípio da subsidiariedade é algo que de alguma maneira contribui para esse cenário<sup>139</sup>. Ele esclarece que, uma vez que os Estados

---

<sup>135</sup> Ibid., p. 712.

<sup>136</sup> Ibid., p.712

<sup>137</sup> Ibid., p. 713

<sup>138</sup> Ibid., p. 721

<sup>139</sup> Ibid., p. 721.

nacionais tem o dever primário de defender o cumprimento das normas de defesa de direitos humanos em seus territórios, o mais racional seria que essa defesa ocorresse primeiramente em seus órgãos judiciais internos, e depois fossem transferidos para as respectivas cortes internacionais quando necessário<sup>140</sup>.

Assim, além de favorecer o judiciário nacional, esse princípio também se relaciona com a questão do consenso a partir do prisma de que, visto que certo tema não carrega uma perspectiva comum, uma opinião compartilhada entre os Estados europeus sobre como ele deve ser encarado e quais políticas públicas e iniciativas do poder público estão em acordo com a convenção europeia de direitos humanos, seria muito mais conveniente cada magistrado se utilizar de seus próprios conhecimentos para solucionar esse conflito<sup>141</sup>.

Apesar dessa solução parecer ser a mais lógica, o autor enumera algumas razões do porquê que transferir essa tarefa para os juízes pode acarretar falhas no sistema de justiça. Ele começa listando alguns casos que sofreram essa interferência da margem de apreciação, argumentando que os juízes nacionais no momento de decidir acabam se valendo de valores e perspectivas morais que pertencem aos grupos dominantes da sociedade, tais como proibição de expor pinturas e outros tipos de arte que critiquem a religião dominante, como ocorreu em *Muller v Switzerland* e restrição de direitos de indivíduos homossexuais no processo de adoção de menores, tal como se deu em *Frette v. France*.

O autor defende que em todos esses episódios escolheu-se pela alternativa que mais agradava o ponto de vista das camadas sociais mais poderosas e numerosas, uma vez que esses mesmos grupos acreditam que aqueles que estavam por trás das demandas judiciais e de outras que passaram pelo crivo da margem de apreciação em questão, isto é, ativistas, homossexuais, mulheres, imigrantes, seriam seres inferiores, logo não poderiam usufruir dos mesmos mecanismos de proteção que os pertence.

A partir de toda a exposição de sua análise, é possível perceber que o autor entende que a deferência às cortes nacionais teria por trás dela uma tentativa de resolver questões por meio de uma solução de natureza utilitarista, na qual o bem-estar da maioria seria o fim a ser alcançado, embora o autor critique justamente que observar unicamente as necessidades da maioria é o que mais agrava a continuidade das

---

<sup>140</sup> Ibid., p. 722.

<sup>141</sup> Ibid., p. 722.

minorias, visto que os valores, ideias e opiniões dessa segunda camada são deixadas de lado<sup>142</sup>.

A principal consequência dessa situação é que todo esse conjunto de visões adotadas pelos juízes nacionais passam a ser intituladas pelos magistrados nacionais como moral ou qualquer outra nomenclatura que no fundo reflete o que grande parte das pessoas enxerga como certo e como errado<sup>143</sup>.

#### **4.3 – O distanciamento entre os princípios da Convenção Europeia e a aplicação da margem de apreciação.**

Sob um o prisma de um outro olhar, Steven Greer argumenta que a teoria da margem de apreciação não traz consigo uma coerência em relação a sua aplicação, nem tampouco uma previsibilidade em relação a como que ela funciona, e em quais artigos ela deve ter uma incidência maior ou menor de acordo com o histórico de aplicação por parte da Corte de Estrasburgo<sup>144</sup>. Diante desse quadro, o autor afirma no seguinte trecho que<sup>145</sup>:

Esse texto discute que o exercício legítimo da discricionariedade pelos Estados sob o olhar da Convenção – o tema chave levantado pela margem de apreciação – está profundamente atrelado com a questão da correta utilização da estrutura de princípios que permitem com que a Convenção seja corretamente compreendida. Ainda que essa não seja a primeira vez que essa relação seja levantada,<sup>11</sup> haverá nas seguintes discussões um esforço para perseguir a lógica dessa proposição, com um rigor maior a fim de que seja sustentada a seguinte conclusão. Embora a convenção reflita um complexo sistema de freios e restrições, ele deve ser melhor entendido ao invés de somente geralmente reconhecido. A imprevisibilidade apontada por muitos estudiosos é, portanto, não uma característica natural da margem de apreciação, mas tem origem na resistência da Corte em detalhar todos os estágios de cada um dos argumentos, desde a escolha dos princípios a serem analisados até a própria conclusão em relação a concessão de discricionariedade aos Estados.<sup>12</sup> Dessa forma, caso essa correlação fosse feita de uma maneira mais clara, as decisões em si poderiam se tornar muito mais compreensíveis, e, além disso, muito mais justificáveis.

A intenção do autor com esse trecho é demonstrar que manusear o conteúdo dos princípios que guiam e legitimam a Convenção Europeia de Direitos Humanos é imprescindível para que no momento do emprego dessa doutrina o conteúdo de cada um desses princípios seja facilmente reconhecido. A crítica levantada por Steven Greer é

---

<sup>142</sup> Ibid., p. 729.

<sup>143</sup> Ibid., p. 730.

<sup>144</sup> GREER, Steven. **The Margin of Appreciation: Interpretation and discretion under the European Convention of Human Rights**. In: Human rights files No. 17. Council of Europe publishing, p. 05.

<sup>145</sup> Ibid., 08.

que nem sempre acontece essa correlação entre a discricionariedade concedida aos Estados, isto é, a própria margem de apreciação, e as regras basilares que motivaram os juízes a escolherem por essa opção ao invés de concentrar todo o poder de decisão em suas próprias mãos.

Um dos efeitos dessa falta de comunicação entre os dois fatores acarreta o que autor percebe como uma obscuridade. Sendo assim, uma vez que não estão claros nem os motivos, nem mesmo as regras que explicam o porquê que a corte determinou que o Estado usufruísse de tamanha discricionariedade, de fato o uso da doutrina da margem de apreciação acaba por se tornar arriscado, pois apresenta-se como uma opção que é pouco transparente no sentido de não deixar claro a razão do porquê das medidas estatais serem utilizadas com grande liberdade pelo poder público. Portanto, percebe-se que a preocupação do autor não é a de condenar sob qualquer circunstância o uso da doutrina em questão, uma vez que para ele, essa ausência de sentido não é uma característica intrínseca da teoria em si, mas sim de como que ela foi sendo moldada pelas instituições, o que inclui a Corte europeia de Direitos Humanos.

A título de exemplo, Steven Greer se utiliza do artigo 1 do protocolo 1 da convenção para analisar o quanto que a discricionariedade permitida pela Corte em relação aos Estados nacionais estaria em alinhamento com o conteúdo previsto nesse dispositivo<sup>146</sup>. Ele começa sua análise discorrendo que, visto que o próprio texto legal da convenção não estabelece claramente critérios objetivos para a correta interferência do Estado na propriedade privada, coube a Corte transferir essa tarefa aos Estados nacionais por meio da concessão de uma discricionariedade para que eles possam determinar essas situações de maneira mais explícita<sup>147</sup>.

Mesmo diante do surgimento da necessidade de ser observado o princípio da proporcionalidade no tocante aos processos de interferência do Estado na propriedade privada, o que ocorreu no caso da Corte Europeia foi uma permanência da visão de que é tarefa do juiz nacional dizer o que e qual é o interesse público por traz dela, enquanto

---

<sup>146</sup> **Artigo 1 do protocolo 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos:** Qualquer pessoa singular ou coletiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional. As condições precedentes entendem - se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Último acesso em: 23/10/2019.

<sup>147</sup> GREER, Steven. **The Margin of Appreciation: Interpretation and discretion under the European Convention of Human Rights**. In: Human rights files No. 17. Council of Europe Publishing, p. 12.

que o juiz do Tribunal europeu somente aponta aquilo que pode ser entendido uma violação a um fim legítimo que seria alvo da interferência, o qual ainda deve ser totalmente demonstrado pela pessoa que supostamente foi atingida por essa intromissão do Estado<sup>148</sup>.

Uma vez que cabe quase que totalmente aos Estados nacionais definir o que é o interesse público, consequentemente faz-se presente um extenso espaço de escolhas e possibilidades a serem implementadas. Isso acaba por se tornar algo prejudicial a população, pois caso o Estado possua uma ampla discricionariedade para ditar em quais situações a propriedade privada deve ou não sofrer algum tipo de intromissão por parte do poder público, o papel do cidadão em apontar as ilegalidades inseridas nessas práticas será extremamente exigente, porque ele terá de desconstruir e contestar todas as hipóteses e procedimentos criados pelo legislador<sup>149</sup>.

O autor propõe que, além da necessidade de haver um exame aprofundado da situação individual por parte da Corte para que sejam evitadas arbitrariedades, para que também possam ser pensadas e elaboradas outros tipos de alternativas para balancear o interesse público e a preservação da propriedade privada e por último, para que os juízes possam mensurar as consequências que a margem de apreciação no tocante a matéria dos bens privados pode provocar no dia a dia dos cidadãos afetados por essa medida.<sup>150</sup>

O autor deixa bem claro que no seguinte trecho que a Corte não vem seguindo um comportamento que reflita esse cenário ideal<sup>151</sup>.

Vem sendo discutido que o tamanho da discricionariedade do Estado, em relação tanto ao objetivo perseguido quanto a proporcionalidade das medidas introduzidas para que ele seja alcançado, permanece tão extensa que somente nos casos mais extremos é que é provável que a Corte decida que o Artigo 1 do protocolo No. 1 tenha sido violado. No entanto, isso é difícil de criticar devido ao fato de que, assim como a Corte esperar, aqueles cuja propriedade é afetada acabam sendo compensados.

A partir do exame do trecho em questão, é possível perceber que a Corte ao se esquivar do dever de definir o conceito de interesse público gera uma deficiência do próprio tribunal em enxergar quando que ocorrem violações. A explicação para isso está no fato de que a discricionariedade que os Estados recebem é por vezes até

---

<sup>148</sup> Ibid., p. 12

<sup>149</sup> Ibid., p. 13.

<sup>150</sup> Ibid., p. 13.

<sup>151</sup> Ibid., p. 13



desproporcional, o que faz com que a violação tenha que ser muito gritante para que possa ser admitida como tal.

Além disso, cabe observar também que o comentário do autor alerta para o problema de uma compensação financeira ser encarada como uma forma de substituir os direitos em relação à propriedade privada, como se todos os tipos de violação acarretados pela discricionariedade estatal pudessem simplesmente ser esquecidos por conta do proprietário ter recebido uma quantia em dinheiro que supostamente corresponderia ao valor verdadeiro do imóvel.

Nesse sentido, a sugestão de Steven Greer é a de que aos órgãos nacionais, o que inclui aqueles do poder executivo e do poder legislativo, não pode haver uma concessão de margem de apreciação quando se está diante de um cenário no qual seja preciso definir o que seria o direito e quais as obrigações que dele se originam. Assim, uma vez que aqui a discussão gira em torno dos princípios da legalidade, da proteção efetiva, da autonomia interpretativa e da revisão judicial, cabe unicamente ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos trabalhar com essas questões<sup>152</sup>.

A partir do momento que a Corte se encarrega da função de auxiliar na definição do direito em questão, e a partir disso realiza corretamente a ligação entre os princípios trazidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, as decisões tornam-se muito mais transparentes e ao mesmo tempo coerentes com o conteúdo e propósito da carta europeia de proteção de direitos humanos.

Um dos casos decididos pela Corte que mais traduz essa problemática da margem de apreciação dos Estados em escolher o conteúdo do direito no tocante à matéria de direitos humanos é o caso *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, o qual trata-se de dois proprietários de imóveis na cidade de Estocolmo, Suécia, cujas propriedades foram atingidas pela interferência administrativa denominada de expropriação durante cerca de 23 anos no caso do primeiro reclamante e 8 anos no caso do segundo, seguidas de uma proibição de realizar qualquer construção no local em que se encontravam as propriedades por mais de 20 anos no caso do primeiro reclamante e por cerca de 12 anos no caso do segundo<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> Ibid., p. 33.

<sup>153</sup> TEDH. **Case of Sporrong and Lönnroth V. Sweden (Sporrong e Lönnroth V. Suécia)**. Application n<sup>o</sup> 7151/75 7152/75. Sentença de 23 de setembro de 1982. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57580%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57580%22]})>. Acesso em: 19 out. de 2019.

O caso foi levado até a Corte, a qual declarou que, por mais que a medida estatal não tenha retirado o status de proprietário dos reclamantes, de fato houve uma redução do direito de cada um deles de dispor de seus respectivos imóveis por um longo período de tempo. Porém, o argumento desenvolvido pelos juízes da Corte de Estrasburgo para sustentar a legalidade da atuação do poder público foi que, por mais que tenha ocorrido essa exclusão dos proprietários da sua esfera de disposição em relação aos seus bens, a decisão do Estado sueco em manter sob seu domínio a propriedade privada só ocorreu para que a cidade sofresse um processo de remodelamento e modernização de sua infraestrutura, o que segundo a interpretação dos juízes pode ser encarado como um equilíbrio justo entre o interesse da população da cidade de Estocolmo, ou seja, o interesse público, e os direitos individuais dos reclamantes<sup>154</sup>.

A Corte embasou sua decisão justamente no aspecto da compensação financeira, afirmando que, só haveria uma injustiça nesse caso quando da hipótese de os reclamantes não terem recebido qualquer compensação financeira ou alguma que não correspondesse ao que realmente valeria o imóvel de cada um<sup>155</sup>.

A partir da análise desse caso, cabe demonstrar a opinião de Steven Greer sobre o fato de as autoridades nacionais monopolizarem esse dever de definir o que é o interesse público, ou até mesmo o próprio direito<sup>156</sup>.

Órgãos executivos e administrativos não deveriam ter qualquer discricionariedade quando se trata de definir direitos e obrigações quando não existe um interesse público ou algum elemento democrático, uma vez que os princípios da legalidade, da proteção efetiva, da interpretação autônoma, da coletividade, e da obrigatoriedade da revisão acabam por transformar essa tarefa em uma tarefa judicial, típica da Corte Europeia de Direitos Humanos. Isso fica muito claro a partir dos direitos que estão contidos na convenção. No entanto, não deixa de ser verdade que, ainda que muito menos compreendido, quando existe uma resolução de conflitos de direitos é considerada, incluindo aqui os conflitos entre aqueles direitos previsto nos primeiros parágrafos dos artigos 8 a 11, além dos direitos individuais, nos segundos parágrafos desses dispositivos. É difícil negar que exista alguma discricionariedade e que ela seja legítima sob o olhar da Convenção, porém, é necessário que haja cautela para seja garantido que as autoridades executivas e a própria administração pública não possuam muita liberdade para determinar o que é razoável”.

Através da leitura do trecho em questão, é possível perceber que o autor encara situações como a demonstrada na jurisprudência acima como sendo arbitrárias, e até

---

<sup>154</sup> Ibid.

<sup>155</sup> Ibid.

<sup>156</sup> GREER, Steven. Op. cit., p. 34.

mesmo contrárias ao que a própria Convenção europeia requer como um modelo de interpretação de seus princípios, uma vez que é papel do Tribunal europeu de Direitos Humanos também é o de exercer essa função de agente de interpretação das normas da convenção.

No caso em questão, houve uma completa e ampla discricionariedade do Estado em criar um conceito de interesse público, o que é visto pelo autor como algo errado, já que um dos princípios ao qual ele atribui ao Tribunal europeu era o de justamente se ocupar dessa função dizer a aplicação correta do princípio do interesse público e como ele deve ser balanceado em relação aos interesses particulares. Na situação examinada, esse cuidado não foi tomado, o que fez com que a sentença final parecesse condizente com a clara privação de direitos sofrida pelos reclamantes durante vários anos, além de destacar a questão da indenização, ou melhor, a falta dela, como sendo o único argumento que poderia gerar a mudança da visão dos juízes em relação ao caso.

Ainda que o autor não exclua a participação dos Estados no exercício do princípio da efetiva proteção, uma vez que a convenção tem por objetivo criar um engajamento entre seus membros em relação ao dever de aumentar a fiscalização e promoção de direitos humanos na região do continente europeu<sup>157</sup>, logo isso exige alguma porção de participação dos mesmos. Porém, ele insiste que a Corte não deve se esquivar de sua tarefa de esclarecer como que o exercício da margem de apreciação condiz com as regras de interpretação dos princípios, o que no caso concreto não ocorreu, uma vez que esse trabalho foi todo feito pelas autoridades nacionais, tendo como resultado um cenário em que se tornou inviável para os reclamantes contestarem que naquela situação de fato houve um desequilíbrio em relação a quanto que seus próprios direitos individuais foram deixados de lado em prol dos interesses da coletividade.

---

<sup>157</sup> CONSELHO DA EUROPA. *The margin of appreciation. Introduction*. Disponível em: <[https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2\\_en.asp](https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp)>. Acesso em: 25 out. 2019. Através dessa página, o leitor pode ter acesso ao conjunto de regras e princípios que guiam e se relacionam diretamente com o fenômeno da margem de apreciação, contribuindo para o argumento de que uma correlação correta entre princípios e a efetiva prática da discricionariedade dos Estados no momento de cumprir com as determinações da Convenção europeia auxilia na clareza e na transparência das sentenças.

## CONCLUSÃO

Diante de todas as características, debates e reais consequências que foram apresentados no tocante ao fenômeno da margem de apreciação dentro da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos, é possível chegar-se a conclusão de que essa doutrina, da forma como é aplicada, levando-se em conta os critérios que são utilizados para conceder a parcela de discricionariedade ao Estados membros no caso do quadro europeu, não contribui em grande escala para a consolidação dos direitos humanos na sua perspectiva internacional. A forma com a qual essa teoria encara o conceito de moral e como que isso é aplicado em cada sociedade leva em conta somente uma perspectiva extremamente particularista, fechada em como que o judiciário nacional percebe o comportamento da população e transpõe isso em suas decisões.

Um dos principais riscos de se levar em conta unicamente a perspectiva do Estado membro em relação a determinados temas que geram discordâncias calorosas, tais como a questão do aborto em países de tradição católica muito profunda, a discussão sobre a legalidade ou não das manifestações e comportamentos da população LGBT e sua relação com institutos importantes do direito, tal como o casamento e a adoção, ou até mesmo a legalidade dos quadros de estados de exceção, nos quais a grande maioria dos direitos é restringida em benefício de algo que o Estado enxerga como um risco ou alvo a ser alcançado, é justamente impedir que a comunidade internacional, representada por meio das organizações e tribunais internacionais consiga de alguma maneira visualizar e punir possíveis desvios com relação aos diplomas internacionais de direitos humanos, tal como a Convenção Europeia de Direitos Humanos, no caso do continente europeu.

Além disso, ao transferir-se o dever decisório unicamente aos juízes e autoridades executivas nacionais, outra ameaça à universalidade dos direitos humanos surge, a qual se trata da predominância de grupos dominantes e excludentes nas posições de destaque dentro dos tribunais nacionais. Uma vez que a grande maioria dos juízes não tem origem em grupos minoritários da sociedade, a probabilidade de surgirem decisões que não levam em conta as peculiaridades dessa população é muito significativa, o que abre caminho para uma legalização das violações por parte da existência de uma sentença. Consequentemente, visto que os espaços para interferência dos órgãos internacionais são bastante reduzidos, esses desvios legais acabam por se

perpetuar ao longo do tempo, reduzindo cada vez mais a cidadania desses indivíduos em meio àquele país.

Ademais, é possível afirmar que, por mais que os defensores da margem de apreciação argumentem que a ausência do consenso em meio aos países europeus seria o suficiente para legitimar o juiz nacional a julgar a demanda, pois afinal de contas ele conhece os costumes daquela cultura e como as pessoas se comportam em relação a ela, logo estaria mais apto a essa tarefa, existe um impasse nesse raciocínio.

Ainda que o poder judiciário na Europa se afirme como independente e livre da influência de outros poderes, isso não é algo comum em todos os Estados Membros. É comum que em sociedades nas quais o modelo democrático ainda não esteja consolidado, hajam interferências de outras instituições nas decisões judiciais, o que alerta para a não independência e autonomia dos magistrados, o que pode se refletir diretamente nas decisões. Portanto, diante desse cenário, quais são as garantias de que direitos humanos serão preservados, mesmo em meio a tantas possibilidades das convenções e diplomas internacionais serem simplesmente ignorados.

Outro ponto no qual a atual aplicação da doutrina em questão apresenta alguns problemas é em relação a como que esse processo de inclusão dos Estados nacionais é compatível ou não com a forma pela qual a convenção deve ser interpretada. Nesse sentido, é preciso que exista uma preocupação, e até mesmo uma precaução sobre se a Corte de fato realiza esse exercício de relacionar os princípios com a escolha pela margem de apreciação. Contudo, quando essa ligação não está clara, o que ocorre é justamente o uso da discricionariedade como uma ferramenta de perpetuação de interesses, os quais são divulgados como sendo de natureza pública, mas que na verdade não o são. Com isso, o ônus de provar que surgem violações em meio a essa ampla participação dos Estados nacionais cabe totalmente aos reclamantes, os quais muitas vezes não o são capazes de fazer.

Diante de todas essas dificuldades, é possível concluir que a utilização da teoria da margem de apreciação na grande maioria dos casos não contribui para um fortalecimento da perspectiva universal dos direitos humanos, e sim para o isolamento das sociedades em si mesmas, como se suas respectivas instituições de Estado fossem suficientes para barrar qualquer tipo de ofensiva contra a proteção dos direitos humanos. Excluir a participação dos organismos internacionais por meio do instrumento da delegação de competência por parte da Corte de Estrasburgo, e com eles a própria atuação do direito internacional dos direitos humanos, impede que minorias sociais

possuam sequer algum tipo de esperança de ter sua integridade resguardada por meio da fiscalização e vigilância de tribunais internacionais.

Portanto, toda a discricionariedade que é concedida aos Estados por conta dessa manobra que faz parte da teoria da margem de apreciação precisa encontrar limites, sendo necessária uma melhor avaliação das condições políticas em que cada Estado se encontra, com o objetivo de avaliar se existe ou não a capacidade do poder judiciário nacional agir sem nenhum tipo de manipulação de outros agentes. Sendo assim, justificar a transferência de competência unicamente com base na ausência de um consenso entre os Estados membros da comunidade europeia e baseando-se no melhor conhecimento cultural dos juízes nacionais sobre suas respectivas sociedades não suficiente para que sejam evitadas quaisquer violações ao conteúdo da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENVENISTI, Eyal. Margin of appreciation, consensus and universal standards. **New York University Journal of International Law and Politics**, Nova Iorque, 1999.

BREMS, Eva. **Zubczewski v Sweden: margin of appreciation as a blank check.** Strasbourg Observers, 2010. Disponível em <<https://strasbourgobservers.com/2010/04/13/zubczewski-v-sweden-margin-of-appreciation-as-a-blank-check/>>. Acesso em: 20 nov. de 2019.

CONSELHO DA EUROPA. ***The margin of appreciation. Introduction.*** Disponível em <[https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2\\_en.asp](https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp)> Acesso em: 19 out. de 2019

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção europeia dos Direitos do Homem.** Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em 19 set. 2019.

CHAIB, Saira. **S.A.S v. France: a short summary of an interesting hearing.** Strasbourg Observers, 2013. Disponível em <<https://strasbourgobservers.com/2013/11/29/s-a-s-v-france-a-short-summary-of-an-interesting-hearing/>>. Acesso em: 19 out. de 2019.

DONNELLY, Jack. Universal Human Rights in Theory and Practice. **Cornell University Press**, Nova Iorque, 2003.

FACCHINI, Nicole. Proibição legal do uso do véu islâmico integral (burca e niqab) na França: análise da decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a questão, à luz do princípio da proporcionalidade. **Revista da Escola da AGU**, Brasília: DF, 2014.

FÜGLISTALER, Gabriel. The principle of subsidiarity and the margin of appreciation Doctrine in The European Court of Human Rights' Post 2011 jurisprudence. **Cahier de l'IDHEAP**, Chavannes-près-Renens, n. 295 de 2016.

GLOBAL FREEDOM OF EXPRESSION. **Handyside V. United Kindgom.** Disponível em <<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/handyside-v-uk/>>. Acesso em 20 de out. de 2019.

GREER, Steven. **The Margin of Appreciation: Interpretation and discretion under the European Convention of Human Rights**. In: Human rights files No. 17. Council of Europe Publishing.

JOHNSON, Paul. **Homosexuality, Freedom of Assembly and the Margin of Appreciation doctrine of the European Court of Human Rights**. Human rights law Review, volume, Issue 3, 1 September 2011, Pages 578-593, 2011.

LETSAS, George. Two concepts of the Margin of Appreciation. **Oxford Journal of legal studies**, Oxford, v. 26, n. 04, p. 706, 2006.

MARTINELLI, Alessandra. **Liberdade religiosa: o julgamento do caso S.A.S x França pela Corte Europeia de Direitos Humanos**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

McGOLDRICK, Dominic. A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the human rights committee. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 65, p. 21-60, jan. de 2016.

PÉREZ, Agustina. Una mirada desde américa latina sobre el margen de apreciación estatal en el tribunal europeo de derechos humanos: ¿génesis de una permanente tensión entre democracia y derechos? **Revista Jurídica da Universidad de Palermo**, Buenos Aires, ano 15, n. 1, mai. de 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SPIELMANN, Dean. **Allowing the Right Margin: the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?** Disponível em: <<https://www.semanticscholar.org/paper/Allowing-the-Right-Margin%3A-The-European-Court-of-of-Spielmann/37cf8410d0be279bdc184fe74694317643a16b77>>. Acesso em: 19 out. de 2019.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Case of Handyside V. United Kingdom (Richard Handyside e Reino Unido)**. Application nº 5493/72. Sentença em 07 de dezembro de 2014. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-7499%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-7499%22]})>. Acesso em: 19 out. de 2019.



\_\_\_\_\_. **Case of Alekseyev V. Russia (Nikolay Aleksandrovich Alekseyev e Rússia).** Application nº 4916/07. Sentença de 21 de outubro de 2010. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101257>>. Acesso em: 19 out. de 2019.

\_\_\_\_\_. **France (S.A.V e França).** Application nº 43835/11. Sentença de 01 de julho de 2014. Disponível em: <<https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Court%20Watch%20%20SAS%20v%20France.pdf>>. Acesso em: 19 out. de 2019.

\_\_\_\_\_. **Case of Muller V. Switzerland (Muller V. Suíça).** Application nº 10737/84. Sentença de 24 de maio de 1988. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57487>>. Acesso em: 19 out. de 2019.

\_\_\_\_\_. **Case of V. France (Philippe Fretté V. França).** Application nº 36515/97. Sentença de 26 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60168>>. Acesso em: 19 out. de 2019.

\_\_\_\_\_. **Case of Sporrang and Lönnroth V. Sweden (Sporrong e Lönnroth V. Suécia).** Application nº 7151/75 7152/75. Sentença de 23 de setembro de 1982. Disponível em: < [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57580%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57580%22]}) >. Acesso em: 19 out. de 2019.

\_\_\_\_\_. **Case of Zubczewski v Sweden (Zubczewski V. Suécia).** Application nº 16149/08. Sentença de 20 de janeiro de 2010. Disponível em: < <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97180> >. Acesso em: 20 nov. de 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

WALZER, Michael. **Thick and Thin: moral argument at home and abroad.** (Franck Covey Loyola L). Indiana: University of Notre Dame Press, 1994.

WOOLF, Leonard. International Morality. **International Journal of Ethics**, Chicago, v. 26, n. 01, p. 11-22, out. de 1925.